

Zeitschrift für das gesamte

Familienrecht

FamRZ

Ehe und Familie im privaten
und öffentlichen Recht

1992

39. Jahrgang

Herausgegeben von

Prof. Dr. Dr. h.c. F. W. Bosch
Richter am BVerfG a.D. Prof. Dr. H. Brox
Vors. Richter am BayObLG Dr. H. Bürgle
Prof. Dr. H. F. Gaul
Richter am OLG a.D. Prof. Dr. H. Göppinger
Prof. Dr. P. Gottwald
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. W. J. Habscheid
Richterin am BGH Dr. M.-M. Hahne
Prof. Dr. D. Henrich
Vors. Richter am OLG Dr. G. Kemnade
Vors. Richter am BGH a.D. F. Lohmann
Vors. Richter am OLG H. Luthin
Kultusminister a.D.
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. P. Mikat
Rechtsanwalt Dr. G. Schardey
Rechtsanwalt Dr. R. Schröder
Prof. Dr. D. Schwab
Vors. Richterin am OLG a.D. H. Strauß
Direktor des AmtsG S. Willutzki

in Verbindung mit der
Wissenschaftlichen Vereinigung
für Familienrecht e.V. (Bonn)

Gesamtschriftleitung

Prof. Dr. P. Gottwald
Prof. Dr. D. Henrich
Prof. Dr. D. Schwab
Weißenburgstraße 1
8400 Regensburg

Weitere Schriftleiter

Vors. Richter am OLG Dr. G. Kemnade
Moorkamp 76, 3100 Celle
Vors. Richter am OLG H. Luthin
Schillerstraße 9, 4417 Altenberge

Verlag

Ernst und Werner Gieseking GmbH
4800 Bielefeld 13, Deckertstr. 30, Postf. 13 01 20

Inhalt

A. Abhandlungen	III
B. Widmung – Nachruf – Dokumentation	IV
C. Verfasser von Entscheidungsanmerkungen	V
D. Besprochenes Schrifttum	VI
E. Verfasser der namentlich gekennzeichneten Beiträge	VII
F. Stichwortverzeichnis	VIII
G. Gesetzesverzeichnis	LXXV
H. Verzeichnis der Gerichtsentscheidungen (geordnet nach Gerichten und Daten)	LXXXVI
I. Systematisches Verzeichnis der im Jahre 1992 veröffentlichten Gerichtsentscheidungen	CX
K. Abkürzungsverzeichnis	CLXXIV
L. Berichtigungen	CLXXV

A. Abhandlungen

(Die Zahlen bezeichnen die Seiten)

App, M.	s. Geiß, W.	1138	Klattenhoff, R.	Die Rechengrößen zur Durchführung des Versorgungsausgleichs	896
Aymans, M.	s. Salzgeber, J.	1249	Kleinwegener, J.	Die Erstattung außergerichtlicher Kosten der Rechtsverfolgung durch den Unterhaltspflichtigen	755
Bartel, J.	s. Böhm, I.	275	Kleinz, K. R.	Der Familienrichter als Super-Amtsrichter? Eine Stellungnahme zu den Ausführungen von Rechtsanwalt Schnitzler „Richter auf Probe als Familienrichter?“ in FamRZ 5/92 (Seite 507 ff.)	1390
Bentert, H.	Zur Ehelichkeitsvermutung nach §§ 1591–1593 BGB: Der Grenzfall	1372	Koeppel, P.	Das deutsche Kindschaftsrecht kennt das Wort „Liebe“ nicht!	31
Bienwald, W.	Zur Umsetzung des Betreuungsgesetzes in der Praxis	1125	Krawczak, M.	s. Böhm, I.	275
Böhm, I. / Epplen, J. T. / Krawczak, M. / Bartel, J. / Ritter, H.	Diskussion: Die humangenetische Abstammungsbegutachtung – Stellungnahmen und Schlußwort zu den Ausführungen von H. Ritter, FamRZ 1991, 646 ff. –	275	Lipp, V.	s. Pawlowski, H.-M.	377
Bonte, W. / Huckenbeck, W. / Müller, H. / Jäger, R.	Ergänzendes DNA-Fingerprinting bei sog. Defizienzfällen – Ein kasuistischer Beitrag	278	Löwer, W.	Staatsangehörigkeitserwerb durch Kinder aus gemischt-nationalen Ehen nach Ablauf der Erklärungsfrist des Art. 3 RuStAA und G 1974	23
Bosch, F. W.	Familien- und Erbrecht als Themen der Rechtsangleichung nach dem Beitritt der DDR zur Bundesrepublik Deutschland – verbunden mit einem Vergleich zweier Familien- und Erbrechtsordnungen – (Teil V)	869	Lück, H.	Beginn und Ende der gesetzlichen Amtspflegschaft nach dem Einigungsvertrag	886
Bosch, F. W.	Familien- und Erbrecht als Themen der Rechtsangleichung nach dem Beitritt der DDR zur Bundesrepublik Deutschland – verbunden mit einem Vergleich zweier deutscher Familien- und Erbrechtsordnungen – (Teil VI)	991	Maier, Kl. Chr.	Die Bemessung des Vorsorgeunterhalts – Vorstellung einer einfachen Methode unter Berücksichtigung des Anspruchs auf Krankenversicherungsunterhalt	1259
Briggemann, D.	Umstellung von Alt-Unterhaltsforderungen aus der ehemaligen DDR	280	Maier, Kl. Chr.	Die Bemessung des Aufstockungsunterhalts – Licht im Dunkel des Methodenstreits?	1381
Büttner, H.	Durchsetzung von Auskunfts- und Rechnungslegungstiteln	629	Mayer, A.	Additionsmethode statt Differenzmethode	138
Büttner, H.	Ein gumütiger Trottel (Glosse)	394	Michalski, L.	Gemeinsames Sorgerecht geschiedener Eltern	128
Coeppicus, R.	Verschaffung des unmittelbaren Eindrucks vom Betroffenen, Anhörung in der üblichen Umgebung und Anhörung durch den ersuchten Richter nach dem BtG	16	Müller, H.	s. Bonte, W.	278
Coeppicus, R.	Die Betreuung mit dem Aufgabenkreis der Aufenthaltbestimmung, das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen und ihr Wohl	741	Oberloskamp, H.	Die Zusammenarbeit von Vormundschafts-/ Familiengericht und Jugendamt	1241
Coester, M.	Sorgerecht bei Elternscheidung und KJHG	617	Ollmann, R.	Eltern, Kind und Staat in der Jugendhilfe	388
Coester-Waltjen, D.	Künstliche Fortpflanzung und Zivilrecht	369	Pawlowski, H.-M. / Lipp, V.	Überlegungen zur Option für die Zugewinn- oder die Errungenschaftsgemeinschaft	377
Dieckmann, A.	Pflichtteilsverzicht und nachehelicher Unterhalt	633	Perlwitz, D.	Unterhaltstitel nach § 22 FGB und die Auswirkungen des § 323 III ZPO	636
Diederichsen, U.	Teilhabeberechtigung in der Ehe	1	Povh, Z.	Wirksamkeit des sogenannten Berliner Testaments nach jugoslawischem Recht	511
van Els, H.	Nacheheliche Solidarität	625	Rink, J.	Die Wirksamkeit von Entscheidungen in Betreuung- und Unterbringungssachen	1011
Epplen, J. T.	s. Böhm, I.	275	Ritter, H.	s. Böhm, I.	275
Ewers, F.-G. / Jaeger, W. / Scholz, H. / Wohlgemuth, G.	Zur Rechtsprechung des 5. Familiensenats des OLG Düsseldorf – Hildegard Strauß zum 65. Geburtstag –	1115	Salzgeber, J. / Scholz, S. / Wittenhagen, F. / Aymans, M.	Die psychologische Begutachtung sexueller Mißbrauchs in Familienrechtsverfahren	1249
Frank, R.	Die unterschiedliche Bedeutung der Blutsverwandtschaft im deutschen und französischen Familienrecht	1365	Schnitzler, K.	Richter auf Probe als Familienrichter?	507
Frick, E.	s. Schröder, St.	1264	Scholz, H.	s. Ewers F.-G.	1115
Frischengruber, G.	Medizinische Fortpflanzungshilfe in Österreich – Zum Stand des Gesetzesvorhabens –	374	Scholz, S.	s. Salzgeber, J.	1249
Geiß, W. / App, M.	Ermittlung der steuerlich abzugsfähigen Kinderbetreuungskosten – eine Praxishilfe	1138	Schröder, St. / Straub, R. / Stolz, K. / Frick, E.	Das Stuttgarter Modell	1264
Gerhardt, P.	Berechnung des Ehegattenunterhalts bei Veräußerung eines Familienheimes	1123	Schwab, D.	Probleme des materiellen Betreuungsrechts	493
Gottwald, P.	Probleme der Abänderungsklage in Unterhaltssachen	1374	Schwab, D.	Statt einer Glosse: Der Name ist Schall und Rauch	1015
Graba, H.-U.	Die Entwicklung des Unterhaltsrechts nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Jahr 1991	382	Schwenzer, I.	Die Rechtsstellung des nichtehelichen Kindes	121
Gutdeutsch, W.	Probleme von Ausgleichsform und Kürzung nach dem Versorgungsausgleichs-Überleitungsgesetz (VAÜG)	753	Spangenberg, B. / Spangenberg, E.	Familienrichterinnen und Familienrichter im Test	637
Heiliger, A.	Zur Problematik einer Konzeption nachehelicher gemeinsamer elterlicher Sorge als Regelfall im Kontext einer geplanten Reform des Kindschaftsrechts	1006	Stöcker, H. A.	Die UNO-Kinderkonvention und das deutsche Familienrecht – Anhang: Übereinkommen über die Rechte des Kindes, S. 253 – Erklärung, welche die Bundesregierung bei der Hinterlegung der Ratifikationsurkunde am 6. 3. 1992 abgegeben hat, S. 266	245
Heinle, J.	Zwanzig Jahre „unbenannte Zuwendung“	1256	Stöcker, H. A.	Diskussion: Die UNO-Kinderrechtekonvention und das innerstaatliche Recht	895
Huckenbeck, W.	s. Bonte, W.	278	Stolz, K.	s. Schröder, St.	1264
Jaeger, W.	s. Ewers, F.-G.	1115	Straub, F.	Die rentenrechtliche Absicherung von Pflegepersonen	760
Jäger, R.	s. Bonte, W.	278	Straub, F.	Krankengeld und Fernbleiben von der Arbeit wegen eines kranken Kindes	1013
Keilbach, H.	Sinn und Zweck von salvatorischen Klauseln in Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen	1118	Straub, F.	Versicherung der Familienangehörigen – Familienversicherung	1267
Kersting, M. O.	Der Anwendungsbereich des Art. 17 I S. 2 EGBGB	268	Straub, R.	s. Schröder, St.	1264
			Stumpf, C.	Postscripta im eigenhändigen Testament	1131
			Thiele, R.	Die Auswirkungen des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichtes vom 13. 5. 1986 auf die elterliche Vertretungsmacht im Zusammenhang mit Personalunternehmen	1001

Ullmann, Chr.	Diskussion: Die UNO-Kinderrechtskonvention und das innerstaatliche Recht – Erwiderung auf den Beitrag von H. A. Stöcker, FamRZ 1992, 245 ff. –	892	Wittenhagen, F.	s. Salzgeber, J.	1249
Voit, W.	Das Ende einer Zugewinnausgleichsoase – Die Änderung der Rechtsprechung zur Berücksichtigung widerruflicher Bezugsberechtigungen aus Direktversicherungen im Zugewinnausgleich	1385	Wohlgemuth, A.	Das internationale Scheidungsrecht Vietnams	638
Widmann, H.-J.	Die Durchsetzung von Bestattungsanordnungen des Verstorbenen im Rahmen der familienrechtlichen Totenfürsorge	759	Wohlgemuth, G.	s. Ewers, F.-G.	1115
			Wolf, A.	Überprüfung von in der DDR ausgesprochenen Adoptionen – Zu Artikel 234 § 13 EGBGB und zum Adoptionsfristgesetz vom 30. September 1991 –	12
			Zillich, F.	Rechtsanwälte in streitigen Sorgerechtsverfahren – geldgierige, kontraproduktive Hemmschuhe? Eine Stellungnahme zu Schade/Schmidt in FamRZ 1991, 649	509

B. Widmung – Nachruf – Dokumentation

(Die Zahlen bezeichnen die Seiten)

Widmung

Hermann Lange zum 70. Geburtsjubiläum (E. v. Olshausen)

32

Nachruf

Dem Verleger der FamRZ, Werner Gieseke, zum Gedenken (D. Schwab)

1113

Dokumentation (Allgemeines)

Bekanntmachung über das Inkrafttreten des Übereinkommens über die Rechte des Kindes [v. 20. 11. 1989, BGBl 1992 II 121 = FamRZ 1992, 253], v. 10. 7. 1992, BGBl II 990

1272

Zum Inkrafttreten des Betreuungsgesetzes (D. Schwab)

35

Betreuungsgesetz – eine Reform braucht Hilfe – A. Erklärung der TeilnehmerInnen des 3. Vormundschaftsgerichtstags vom 21. bis 24. 10. 1992 in Bonn zur schleppenden Umsetzung des neuen Betreuungsgesetzes – B. Beschluß des 3. Vormundschaftsgerichtstages Nichtehelicher Vater und Adoption – Verfahren vor dem BVerfG (U. Walter)

1396

Beschlüsse des 59. Deutschen Juristentages Hannover 1992

1025

Empfehlungen und Informationen des 9. Deutschen Familiengerichtstages (S. Willutzki)

1275

23. Richterwoche des Bundessozialgerichts (R. Schlegel)

143

Thesen des Deutschen Juristinnenbundes zur Neuregelung des Kindschaftsrechts

525

Perspektiven des Internationalen Privatrechts nach dem Ende der Spaltung Europas (G. Otto)

912

Dokumentation zum Auslandsrecht

China

(Vgl. Rezension, S. 765)

765

Frankreich

(Vgl. die Abhandlung von R. Frank, S. 1365)

1365

Griechenland

(Vgl. Rezension, S. 33)

33

Vietnam

(Vgl. die Abhandlung von A. Wohlgemuth, S. 638)

638

Jugoslawien

(Vgl. die Abhandlung von Z. Povh, S. 511)

511

Österreich

(Vgl. die Abhandlung von G. Frischengruber, S. 374)

374

Dokumentation zum Unterhaltsrecht

Stellungnahme des Deutschen Familiengerichtstages e. V. zum Entwurf der Vierten Verordnung über die Anpassung und Erhöhung von Unterhaltsrenten für Minderjährige in den alten Bundesländern (J. Puls)

147

Vierte Verordnung über die Anpassung und Erhöhung von Unterhaltsrenten für Minderjährige vom 19. 3. 1992 [BGBl I 535]

Verordnung zur Anpassung der Unterhaltsrenten für Minderjährige in dem in Artikel 3 des Einigungsvertrages genannten Teil des Landes Berlin (Anpassungsverordnung 1992)

519

Anpassungsverordnungen für die Länder Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen-Anhalt, Thüringen und den Freistaat Sachsen, Stand: 1. 7. 1992

766

Zweite Verordnung zur Festsetzung des Regelbedarfs in dem Teil des Landes Berlin, in dem das Grundgesetz erst seit dem 3. Oktober 1990 gilt (2. Regelbedarf-Verordnung)

1026

766

Zweite Verordnung zur Festsetzung des Regelbedarfs im Land Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen-Anhalt, Thüringen und im Freistaat Sachsen (2. Regelbedarf-Verordnung) – Stand: 1. 7. 1992 –

1026

Unterhaltsrechtliche Leitlinien der Familiensenate des Kammergerichts – Stand: 1. 7. 1992 – (W. Becker)

900

Tabelle der Selbstbehalte des Kammergerichts – Stand: 1. 7. 1992 – (W. Becker)

767

Anwendung der Düsseldorfer Tabelle, Stand: 1. 7. 1992, FamRZ 1992, 398, im Bezirk des OLG Bamberg – Stand: 1. 7. 1992 –

1394

Berliner Tabelle ab 1. 7. 1992 als Vortabelle zur Düsseldorfer Tabelle (R. Vossenkömper)

642

Anwendung der Düsseldorfer Tabelle, Stand: 1. 7. 1992, FamRZ 1992, 398, im Bezirk des OLG Braunschweig – Stand: 1. 7. 1992 –

1394

Die Düsseldorfer Tabelle nach Bremer Praxis – Stand: 1. 7. 1992 – (G. Behne)

768

Leitlinien zum Unterhaltsrecht der Familiensenate des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen – Stand: 1. 7. 1992 – (G. Behne)

767

Unterhaltsrechtliche Leitlinien des Oberlandesgerichts Celle – Stand: 1. 7. 1992 – (G. Kemnade)

644

Unterhaltsrechtliche Leitlinien der Bezirksgerichte Cottbus und Frankfurt/Oder – Stand: 1. 7. 1992 – (H. Baier)

1027

Düsseldorfer Tabelle – Stand: 1. 7. 1992 – (H. Scholz)

398

Die Düsseldorfer Tabelle nach Frankfurter Praxis – Stand: 1. 7. 1992 – (D. Weyhardt)

771

Unterhaltsgrundsätze des OLG Frankfurt/M. – Stand: 1. 7. 1992 – (G. Däther)

773

Leitlinien der Unterhaltsrechtsprechung im Bezirk Gera (R. Zimmermann)

524

Unterhaltsrechtliche Grundsätze des OLG Hamburg – Stand: 1. 7. 1992 – (P. Philippi)

776

Leitlinien zum Unterhaltsrecht der Familiensenate des Oberlandesgerichts Hamm – Stand: 1. 7. 1992 – (H. Luthin)

520

OLG Karlsruhe: Selbstbehaltssätze des Unterhaltspflichtigen ab 1. 7. 1992

1144

Anwendung der Düsseldorfer Tabelle, Stand: 1. 7. 1992, FamRZ 1992, 398, im Bezirk des OLG Koblenz – Stand: 1. 7. 1992 –

1394

Köln Unterhaltsrichtlinien – Stand: 1. 7. 1992 – (G. Otten)

520

Hinweis der Familienrichter des Kreisgerichts Leipzig-Stadt [zur Anwendung der Sächsischen Unterhaltstabelle, Stand: 1. 7. 1992, FamRZ 1992, 768] – Mit ergänzender Stellungnahme von P. Zarbock, S. 771 – (H.-U. Maurer)

770

Unterhaltsrechtliche Leitlinien des Bezirksgerichts Magdeburg – Auswärtiger Senat Naumburg – Stand: 1. 7. 1992 – (H.-D. Warda)

646

Unterhaltsrechtliche Leitlinien der Familiensenate des Oberlandesgerichts München – Stand: 1. 7. 1992 (Leitlinienkommission des OLG München)

648

Unterhaltsrechtliche Leitlinien der Familiensenate des Oberlandesgerichts Oldenburg – Stand: 1. 7. 1992 – (H. Kuhlemann)

903

Selbstbehaltssätze des OLG Saarbrücken – Stand: 1. 7. 1992 –

1394

Sächsische Unterhaltstabelle – Stand: 1. 2. 1992 – (P. Zarbock)

400

Sächsische Unterhaltstabelle – entwickelt von den Familiensenaten der Bezirksgerichte Chemnitz, Dresden, Leipzig – Stand: 1. 7. 1992 – [s. hierzu auch: Maurer, Hinweise der Familienrichter des Kreisgerichts Leipzig-Stadt; mit ergänzender Stellungnahme Zarbock, FamRZ 1992, 771] (P. Zarbock)

769

Unterhaltsrechtliche Leitlinien der Familiensenate des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts – Stand: 1. 7. 1992 – (W. Lassen)

907

Unterhaltsrechtliche Hinweise des Oberlandesgerichts Stuttgart – Stand: 1. 7. 1992 – (O. Häberle)

1274

Thüringer Tabelle – Stand: 1. 7. 1992 – (L. Schweikhardt)

911

Anwendung der Düsseldorfer Tabelle, Stand: 1. 7. 1992, FamRZ 1992, 398, im Bezirk des Pfälzischen OLG **Zweibrücken** – Stand: 1. 7. 1992 – 1394

Vierzehnte Bekanntmachung über die Feststellung der Gegenseitigkeit gemäß § 1 Abs. 2 des **Auslandsunterhaltsgesetzes** [AUG – v. 19. 12. 1986, BGBl I 2563], v. 14. 8. 1992, BGBl I 1686 1142

Vorsorgeunterhalt

Fortgeltung der **Bremer Tabelle ab 1. 1. 1992** (*W. Gutdeutsch*) 153

Bremer Tabelle zur Berechnung des Altersvorsorgeunterhalts – Stand: 1. 7. 1992 – (*W. Gutdeutsch*) 766

Altersvorsorgeunterhalt. Tabellarische Übersicht auf der Grundlage der Bremer Tabelle (*W. Gutdeutsch/H. Hampel*) 1028

Versorgungsausgleich

Wichtige Änderungen im Versorgungsausgleich (*M.-M. Hahne*) 36

Rechengrößen zur Durchführung des Versorgungsausgleichs in der gesetzlichen Rentenversicherung (m. Anm. *G. Kemnade*) 282

Rechengrößen für den Versorgungsausgleich (*D. Schmeiduch*) 36

Monatliche Bezugsgrößen (§ 18 SGBIV) und Grenzwerte im Versorgungsausgleich (*D. Schmeiduch*) 37

Die **Ummrechnungsfaktoren** beim Versorgungsausgleich ab dem 1. 1. 1992 (*R. Glockner*), mit ergänzender Stellungnahme *Kemnade*, S. 151 149

Sozialrecht

Renten Anpassungsverordnung 1992 [RAV 1992] vom 5. Juni 1992 (BGBl I 1017) 1026

Entwicklung des **Kindergeldes** seit 1975 – Stand: 1. 1. 1992 – [beachte hierzu Berichtigung in FamRZ 1993, 156] 1395

Wohngeldgesetz (Auszug) – Stand: 1992 – 1395

Regelsätze nach § 22 BSHG – Stand: 1. 7. 1992 – 1031

Laufende Rubriken

Gesetzgebung (*D. Zieroth*) 152, 284, 401, 652, 1142, 1272, 1394

Mitteilungen des Statistischen Bundesamtes 37, 285, 402, 1030, 1144, 1279

Veranstaltungshinweise 37, 403, 777, 913, 1396

Schrifttums-Hinweise 38, 153, 285, 403, 527, 654, 778, 914, 1031, 1146, 1279, 1397

Preise und Preisindizes für die Lebenshaltung 39, 155, 287, 405, 530, 656, 780, 916, 1034, 1149, 1281, 1399

Preisindex für die Lebenshaltung in den fünf neuen Bundesländern 40, 156, 288, 406, 530, 656, 780, 916, 1034, 1150, 1282, 1400

C. Verfasser von Entscheidungsanmerkungen

(Die Zahlen bezeichnen die Seiten)

- | | | | | | |
|---------------------------------|------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------|------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>Blanke, E. A.</i> | 240 | § 29 III BAföG: Wirtschaftliche Verwertungshindernisse können die Annahme einer unbilligen Härte i. S. des § 29 III BAföG rechtfertigen | <i>Henrich, D.</i> | 1074 | § 1265 I S. 1 RVO: Geschiedenenwitwenrente nach Anrechnungsmethode, wenn beide Ehegatten erwerbstätig waren |
| | 1233 | § 18b II BAföG (1986): Erwerbstätigkeit von weniger als der Hälfte der durchschnittlichen Arbeitszeit ist „unwesentlich“ i. S. der Vorschrift | | 789 | § 1381 II BGB: Leistungsverweigerungsrecht wegen grober Unbilligkeit (hier: Fehlverhalten im wirtschaftlichen Bereich) |
| <i>Bosch, F. W.</i> | 311 | § 549 II BGB: Duldung einer ne. Lebensgemeinschaft in einer durch Kirchengemeinde vermieteten Wohnung | | 590 | §§ 1603 I BGB, 90 BSHG: Berücksichtigung des Unterhaltsanspruchs gegen den Ehegatten bei Unterhaltsverpflichtung gegenüber Eltern |
| <i>Brehm, W. / Overdick, H.</i> | 340 | §§ 621 I Nr. 3 ZPO, 1632 III Hs. 2 BGB: Einstweilige FG-Anordnung nur im anhängigen Hauptverfahren? – § 36 FGG: Internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte für einstw. Anordnung auf Kindesherausgabe | | 176 | §§ 40 II BBesG, 1585c BGB: Ortszuschlag eines Soldaten, der an seine geschiedene Ehefrau anstelle einer Unterhaltsrente eine einmalige Kapitalabfindung leistet |
| <i>Damrau, J.</i> | 606 | § 2205 BGB: Keine Testamentsvollstreckung nach Auseinandersetzung | <i>Kemnade, G.</i> | 1160 | § 1381 II BGB: Leistungsverweigerungsrecht wegen grober Unbilligkeit (hier: Verfehlung im wirtschaftlichen Bereich) |
| <i>Ewers, F.-G.</i> | 719 | §§ 1611 II, 1618a BGB: Einschränkung bzw. Wegfall der Unterhaltsverpflichtung bei Kontaktverweigerung – §§ 323, 767 ZPO: Geltendmachung von Einschränkungen betr. Unterhaltspflicht im Wege der Abänderungsklage | | 191 | § 20 FGG: Keine Beschwer des öffentl.-rechtlichen Versorgungsträgers bei Vorbehalt des schuldrechtl. VersAusgl |
| <i>Goes, Th.</i> | 1343 | §§ 1610 II, 1615b BGB: Ausgleichsanspruch des Scheinvaters nur wegen erforderlicher Kosten für Anfechtungsprozeß | | 331 | §§ 1587a II Nr. 2 BGB, 628 I S. 1 Nr. 3 ZPO: Abtrennung des VersAusgl wegen Unklarheiten bei der Bewertung von ges. Rentenansprüchen aufgrund des RRG 1992 |
| <i>Gottwald, P.</i> | 79 | § 117 ZPO: Formularblattmäßige Erklärung auch bei Bezug von Sozialhilfe – Zur rückwirkenden PKH-Bewilligung nach Beendigung der 1. Instanz | <i>Kuchinke, K.</i> | 362 | §§ 2274, 138 BGB: Sittenwidrigkeit eines „Behindertentestaments“ |
| | 86 | §§ 323, 328 ZPO: Anerkennungsfähigkeit und Abänderung eines poln. Unterhaltsurteils – Art. 128 poln. FVK: Unterhaltsbedarf eines in Polen lebenden Kindes – Geltendmachung von Unterhalt für die Vergangenheit | <i>Kues, B.</i> | 924 | § 2287 BGB: Unbenannte Zuwendung unter Ehegatten im Erbrecht |
| | 458 | § 114 S. 1 ZPO: Keine Erstattung der Mehrkosten bei Geltendmachung von Kindesunterhalt außerhalb des Verbundes | <i>Luthin, H.</i> | 223 | § 1835 BGB: Kein Anspruch des Gebrechlichkeitspflegers auf Aufwendungsersatz betr. Erlangung einer Entschädigung für die eigentliche Tätigkeit |
| | 355 | §§ 2084, 140 BGB: Umdeutung des Entwurfs eines gem. Testaments in Einzeltestament? | | 851 | §§ 1591 I S. 2, 1594 BGB: Anfechtungsrecht des Ehemannes trotz Einverständnis mit künstlicher Befruchtung |
| <i>Graba, H.-U.</i> | 541 | §§ 1581, 1603 II BGB: Unterhaltsberechnung im Mangelfall | <i>Musielak, H.-J.</i> | 1102 | Art. 230 EGBGB, §§ 1706 ff. BGB: Erlöschen der Amtspflegschaft bei Wegzug eines ne. Kindes von einem alten in ein neues Bundesland |
| <i>Heinle, J.</i> | 1337 | §§ 91 BSHG, 1602 BGB: Unterhaltsanspruch hilfe- bzw. pflegebedürftiger Eltern gegen ihre Kinder | | 358 | § 2247 BGB: Lesbarkeit des privatschriftlichen Testaments |
| | | | <i>Overdick, H.</i> | 340 | s. <i>W. Brehm</i> |
| | | | <i>Reiff, P.</i> | 803 | §§ 2325 II S. 2, 2311 BGB: Pflichtteilergänzung bei Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt |
| | | | | 363 | § 2325 II S. 2 BGB: Berechnung des Pflichtteilergänzungsanspruchs bei vorbehaltenem lebenslangen Nießbrauch – Bewertung einer Pflegeversicherung bei einer Schenkung unter Auflage |
| | | | <i>Reimann, W.</i> | 117 | § 2306 BGB: Zur Testamentsvollstreckung an Kommanditanteil |

Schütz, H.	1338	§§ 1611 II, 1618a BGB: Einschränkung bzw. Wegfall der Unterhaltsverpflichtung bei Kontraktverweigerung	Weber, P.	949	§§ 1572, 1573 II BGB: Zeitliche Begrenzung des Aufstockungsunterhalts
Schwab, D.	1471	§ 1896 BGB: Betreuerbestellung für himtote Schwangere	Wegenast, M. O.	736	§ 7 I, II S. 2 BAföG: Zur Förderungsfähigkeit eines Zweitstudiums nach Abschluß des Hauptstudiums
Seutemann, H.	547	§§ 530, 812 I S. 2 BGB: Ehebruch kein grob undankbares Verhalten gegenüber den Schwiegereltern	Zieroth, D.	215	§ 1602 BGB: Ausbildungsgeld nach § 56 AFG mindert Unterhaltsbedürftigkeit – §§ 323, 767 ZPO: Abgrenzung Abänderungsklage/Vollstreckungsabwehrklage bei Prozeßvergleich
Wax, P.	196	§§ 114, 115 ZPO: Staatliches Kindergeld als Einkommen – Berücksichtigung der Steigerung der allgemeinen Lebenshaltungskosten durch verfassungskonforme Auslegung des § 115 I S. 3 ZPO	Zimmermann, W.	342	§§ 13, 20 FGG: Widerruf der Vollmacht einer verfahrensfähigen Person durch Pfleger

D. Besprochenes Schrifttum

(Die Zahlen bezeichnen die Seiten, in Klammern der Rezensent)

Adams: s. Oberloskamp	1021	Henckel: s. Jaeger	765
Allmendinger: s. Mayer	764	Herbst: s. Bassenge	1393
Aluffi Beck-Peccoz: La modernizzazione del diritto di famiglia nei paesi arabi [Die Modernisierung des Familienrechts in den arabischen Staaten] (Jayme)	1023	Herrmann: Erbrecht und Nachlaßverfahren in der DDR. (Spellenberg)	515
Assmann: Das Verfahren der Stufenklage (Roth)	517	Hilger: s. Rieß	516
v. Bar (Hg.): Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht (Kunz)	515	Hommelhoff: s. Schubert	1270
Bassenge/Herbst: FGG/RPflG. Kommentar, 6. Aufl. (Haas)	1393	Huinink: s. Mayer	764
Battis/Schultz (Hg.): Frauen im Recht (Walter)	1019	Jaeger (f)/Henckel: Konkursordnung mit Einführungsgesetzen, 9. Aufl., 4. Lief. (§§ 29–42) (Gottwald)	765
Baur: s. Dunkl	1141	Jakobs/Schubert (Hg.): Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen Sachenrecht II, §§ 1018–1296; Familienrecht I, §§ 1297–1563; Familienrecht II, §§ 1564–1921; Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch und Nebengesetze (Klippel)	1270
Berman: Recht und Revolution (v. Heintschel-Heinegg)	1019	Jauernig (Hg.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 6. Aufl. (Bergerfurth)	1023
Böcker: s. Schmidt	899	Jayme/Furtak (Hg.): Der Weg zur deutschen Rechtseinheit. Internationale und interne Auswirkungen im Privatrecht. (Lück)	1392
Brambring: Der Ehevertrag (Reimann)	1020	Jordan: s. Münder	142
Brox: Erbrecht, 13. Aufl. (Voit)	762	Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein: Das neue Betreuungsrecht (Zimmermann)	514
Briggemann: Beurkundungen im Kindschaftsrecht, 3. Aufl. (Grziwotz)	1022	Junge/Lendermann: Das Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG) (van Els)	514
Buskotte (Hg.): Ehescheidung: Folgen für Kinder (Walter)	1020	Kininger: Einstweilige Verfügungen zur Sicherung von Rechtsverhältnissen (Schilken)	641
Coing: s. Kipp	141	Kipp (f)/Coing: Erbrecht. Ein Lehrbuch, 14. Aufl. (Gottwald)	141
Compensis: Die einstweilige Verfügung auf Unterhaltsleistung (Büttner)	642	Kopp: Verwaltungsverfahrensgesetz, 5. Aufl. (Becker)	1025
Cramer: s. Schönke	763	Kreft: s. Münder	142
Damrau/Zimmermann: Betreuungsgesetz (Richter)	1021	Kröger: s. Jürgens	514
Dassler (f)/Schiffhauer/Gerhardt/Muth: Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, 12. Aufl. (Zieroth)	1393	Kropholler: Europäisches Zivilprozeßrecht. Kommentar zum EuGVÜ, 3. Aufl. (Gottwald)	515
Dostmann: Steuerrechtsfragen in der familienrechtlichen Praxis (App)	1024	Künkkel: s. Rahm	140, 512
Dreher: Sozialleistungen als Unterhaltersatz. Die rechtstatsächliche Nähe der neuen Hinterbliebenenrenten zum Schadensersatz mit ihren sozial- und verfassungsrechtlichen Konsequenzen (Künkel)	762	Kunz: s. Oestreicher	1394
Duderstadt: Das Unterhaltsrecht. Ehegatten-, Kindes- und Verwandtenunterhalt, 3. Aufl. (Luthin)	899	Labuhn/Veldtrup/Labuhn: Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung (Bienwald)	514
Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier/Wetekamp: Handbuch des vorläufigen Rechtsschutzes. Einstweiliger Rechtsschutz in allen wichtigen Verfahrensarten, 2. Aufl. (Lindacher)	1141	Lakies: s. Münder	142
Ehrenkönig: Die Erbenhaftung. Ein Vorschlag zur Neuregelung (Schubert)	762	Lauer: s. Münder	142
Eisenberg: JGG. Jugendgerichtsgesetz mit Erläuterungen, 4. Aufl. (Reichel)	518	Lenckner: s. Schönke	763
Eisenberg: Kriminologie, 3. Aufl. (v. Heintschel-Heinegg)	899	Lendermann: s. Junge	513
Eser: s. Schönke	763	Levin: Konflikte zwischen einer weltlichen und einer religiösen Rechtsordnung. Eine kritische Würdigung des israelischen Familienrechts mit besonderer Berücksichtigung des jüdischen Scheidungsrechts aus der Sicht des schweizerischen internationalen Privatrechts (Reichel)	395
Feldmeier: s. Dunkl	1141	Lücke: Vertragliche Störungen beim „entgeltlichen“ Erbvertrag (Voit)	281
Filos-Patsantaras: Die Eheschließung in Deutschland und Griechenland. Regelungskompetenz des Staates oder der Kirche? (Reichel)	33	Mansees: Das Erbrecht des Kindes nach künstlicher Befruchtung. Zugleich eine Analyse des Systems der gesetzlichen vermögens- und personenrechtlichen Kindeszuordnung (Zimmermann)	1140
Försterling: s. Gleitze	763	Marschner: s. Jürgens	514
Fricke: Anerkennungszuständigkeit zwischen Spiegelbildgrundsatz und Generalklausel (Spellenberg)	641	Mayer/Allmendinger/Huinink (Hg.): Vom Regen in die Traufe: Frauen zwischen Beruf und Familie (Oeter)	764
Fundheft für Zivilrecht, Bd. 36 (Reichel)	765	Moeller: s. Dunkl	1141
Furtak: s. Jayme	1392	Münder/Greese/Jordan/Kreft/Lakies/Lauer/Proksch/Schäfer: Frankfurter Lehr- und Praxiskommentar zum Kinder- und Jugendhilfegesetz (van Els)	142
Galletta: I regolamenti patrimoniali tra coniugi (Jayme)	396	Muth: s. Dassler	1393
Gerhardt: s. Dassler	1393		
Gernert (Hg.): Freie und öffentliche Jugendhilfe (van Els)	513		
Gleitze/Försterling/Robertz: Praxisfälle zur Rentenreform – SGBVI, 1. Lief. (Glockner)	763		
Gottwald/Treuer: Vergleichspraxis (Reichel)	640		
Greese: s. Münder	142		
Heldmann: Ausländergesetz. Kommentar (Reichel)	519		

VII

Familienrecht

Begründet von Friedrich Wilhelm Bosch

Gesamtschrittleitung:

Professor Dr. P. Gottwald

Professor Dr. D. Henrich

Professor Dr. D. Schwab

Weißenburgstraße 1, 8400 Regensburg

Weitere Schrittleiter:

Vors. Richter am OLG Dr. G. Kernade, Moorkamp 76, 3100 Celle

Vors. Richter am OLG H. Luthin, Schillerstraße 9, 4417 Altenberge

Sorgerecht bei Elternscheidung und KJHG

Von Professor Dr. Michael Coester, Göttingen

A. Einführung

Das sorgerechtliche Schicksal der Kinder bei Auflösung der elterlichen Familiengemeinschaft ist ein Thema, dessen menschliche und soziale Bedeutung erst nach und nach erkannt worden ist und um dessen sachgerechte Lösung bis heute gerungen wird. Zum besseren Verständnis der Veränderungen, die jüngst das KJHG in diesem Regelungsbereich gebracht hat, soll einleitend eine kurze Skizzierung der großen Entwicklungslinien erfolgen, die auf diesem Rechtsgebiet zu verzeichnen und auch heute noch nicht abgeschlossen sind.

Nach der ursprünglichen Regelung des BGB erschien das Kind noch primär als Zuordnungsobjekt väterlicher Gewalt; im Scheidungsfall wurde es zum Objekt schuldorientierter Familienliquidation – das Kind gebührte grundsätzlich dem an der Scheidung schuldlosen Teil, das Kindesinteresse fungierte nur als – in der Praxis zurückhaltend angewendetes – Korrektiv.

Die folgenden 80 Jahre (mit Rechtsreformen durch das EheG 1938, EheG 1946, GleichberG 1957, 1. EheRG 1977 und SorgeRG 1980) haben durch mehrere Reformschritte nach und nach zwei Tendenzen zum Durchbruch verholfen: Zum einen ist ein *Aufstieg der elterlichen Regelungsautonomie* unter Zurückdrängung staatlich verordneter Verteilung zu beobachten: Das Vorschlagsrecht der Eltern wurde 1946 eingeführt und in seinem Gewicht in der Folgezeit ausgebaut. Zur Rechtfertigung diente zum einen das Kindeswohl (unter dem Aspekt, daß die Eltern i.d.R. das Wohl ihres Kindes am besten beurteilen könnten) wie auch das Elternrecht des Art. 6 II S. 1 GG. Die zweite Tendenz ist der *Aufstieg des Kindeswohls* als beherrschender Leitaspekt bei der Sorgerechtsregelung: Die individuellen Bedürfnisse des Kindes traten mehr und mehr aus der Funktion eines bloßen Korrektivs starrer Verteilungsregeln heraus und wurden zum zentralen, unmittelbaren Regelungsanliegen des Gesetzes. Ihren Abschluß fand diese Entwicklung mit dem SorgeRG von 1980, das das Kindeswohl als entscheidungsleitenden Rechtsbegriff betont auch noch dem elterlichen Zuteilungsvorschlag voranstellt¹⁾.

Das Kindeswohl hatte aber seinen Siegeszug noch nicht beendet, als sich in seinem Rahmen bereits neue Kontroversen abzeichneten: Die Offenheit des Kindeswohlbegriffs nach Wegfall entscheidungsleitender Kriterien wie Scheidungsschuld oder Muttervorrang führte zu Spekulationen über die maßgeblichen Kindesinteressen im Scheidungsfall. Besondere Bedeutung hat in diesem Zusammenhang der sog. Bindungsstreit erlangt. Die Entdeckung und Hervorhebung der psychosozialen Bedürfnisse des Kindes bei Trennung der Eltern stellte einen wichtigen Beitrag der Fachwissenschaften seit Beginn der 60er Jahre dar, erst hierdurch gelang es, auch den Blick der Juristen auf die entscheidenden Aspekte zu lenken und den rechtlichen Kindeswohlbegriff sinnhaft auszufüllen. Allerdings wurden die psychosozialen Bedürfnisse des Kindes zunächst überwiegend mittels eines psychoanalytisch begründeten, gewissermaßen statischen Bindungsbegriffs ausgedrückt, der zwar – insbesondere über die populärwissenschaftlichen Werke von Goldstein/Freud/Solnit – sogar noch in die Sorgerechtsreform von 1980 eingeflossen ist. Ziel der Sorgerechtsentscheidung war demnach die klare und sichere Zuordnung des Kindes zum „besseren Elternteil“, d. h. seiner „Hauptbezugsperson“. Diese Konzeption konnte auf die Dauer jedoch nicht befriedigen und wurde in Frage gestellt von einer „systemischen“ oder „familiendynamischen“ Sicht des Kindes und seiner Beziehungen zur Familie und Umwelt.

Die Entscheidung des BVerfG^{1a)} von 1982 brachte in dieser Situation einen erneuten und fundamentalen Wechsel im staatlichen Interventionsansatz: Das BVerfG kombinierte das systemische Familienverständnis mit den verfassungsrechtlichen Prinzipien hinsichtlich der Zuordnung von Elternverantwortung und Staatsverantwortung für Kinder und kam zu dem sowohl verfassungsrechtlich wie entwicklungspsychologisch begründeten Ergebnis, daß konzeptionell an die Stelle von

¹⁾ Dies wurde durch Umstellung der Abs. II und III des § 1671 BGB zum Ausdruck gebracht: Der nunmehr erst in Abs. III geregelte Elternvorschlag enthält damit die Bedeutung nur einer Konkretisierung des nach Abs. II letztentscheidenden Kindeswohls.

^{1a)} FamRZ 1982, 1179.

„Verteilung“ und „Auseinandersetzung“ (in doppeltem Sinne!) primär eine Fortführung der elterlichen Verantwortung, eine Neuarrangierung der fortbestehenden Familie anzustreben sei: Elterlicher Kooperation wurde der Vorrang eingeräumt vor Konfrontation. Im Lichte der vorerwähnten rechtlichen Entwicklungstendenzen „Kindeswohl“ und „Elternbestimmung“ bedeutete die Entscheidung des *BVerfG* zweierlei: Das Kindeswohl erhielt einen neuen, zentralen Bezugspunkt – nämlich die primäre Erhaltung beider Elternteile anstelle der Suche nach dem besser geeigneten Elternteil; und die elterliche Regelungskompetenz wurde – durchaus im Einklang mit dem Kindeswohl, aber auch verfassungsrechtlich begründet – stärker in den Vordergrund gerückt.

Die Bedeutung dieses vom *BVerfG* vollzogenen Umschwungs, für den das Modewort „Paradigmawechsel“ nicht unpassend erscheint, ist in den Folgejahren zunächst nicht voll erkannt worden, Veränderungen der Sorgerechtspraxis insbesondere durch Zuerkennung des gemeinsamen Sorgerechts nach Scheidung blieben auf Ausnahmefälle beschränkt. Hier hat nun das *KJHG* eingesetzt, seine §§ 17, 28 und 50 sind darauf zugeschnitten und geeignet, der vom *BVerfG* eingeleiteten Entwicklung wesentliche Schubkraft zu verleihen. Diese entfaltet sich in doppelter Richtung: Materiellrechtlich enthält das *KJHG* erstmalig eine Stellungnahme des Gesetzgebers zum gemeinsamen Sorgerecht: *Elterliche Selbstverantwortung und Kooperation* auch bei Trennung und Scheidung bis hin zur Fortführung des gemeinsamen Sorgerechts werden positiv bewertet und als rechtlich anzustrebendes Ziel etabliert. Hierin liegt eine gesetzliche Wertentscheidung, deren Bedeutung weit über das Jugendhilferecht hinausgeht und auch § 1671 BGB in neuem Licht erscheinen lassen muß²⁾.

Zweitens und damit zusammenhängend findet ein pointierter Wechsel im staatlichen Interventionsansatz statt – von der justiziellen „Entscheidung“ gemäß § 1671 BGB vorrangig zur sozialrechtlichen Hilfe und Förderung verantwortlicher Selbstregelung durch die Eltern. Hier ist den Jugendhilfeorganen ein ganz neuer und in seiner Wichtigkeit gar nicht zu überschätzender Funktionsbereich zugewachsen, der seine Legitimation und auch rechtliche Dignität unmittelbar aus der verfassungsrechtlichen Pflicht des Staates zur Wahrung und Förderung von Familien- und Kinderinteressen herleitet. Dies hat Konsequenzen auch für den Status der Jugendhilfe: Den ihr vom Gesetzgeber zugewiesenen gesetzlichen Auftrag hat sie eigenständig aus ihrer fachlichen Kompetenz heraus zu erfüllen, der durch sie repräsentierte staatliche Interventionsansatz steht gleichrangig neben dem justiziellen Entscheidungsansatz. Daß dies Auswirkungen auf die Kooperation von Gericht und Jugendamt haben muß, liegt auf der Hand.

Damit ist der heutige Stand der Dinge beschrieben. Hierbei wird man aber mit Sicherheit nicht stehenbleiben können. Zum einen wird auf faktisch-organisatorischer Ebene noch viel zu tun sein, um die Impulse des *KJHG* in der Rechtswirklichkeit weitestmöglich zum Tragen kommen zu lassen. Aber auch auf rechtlicher Ebene kann noch nicht das letzte Wort gesprochen sein: Den erwähnten rechtlichen Änderungen der Sorgerechtsthematik durch das *KJHG* steht nach wie vor das unveränderte System der §§ 1671, 1634 und 1696 BGB gegenüber³⁾. Hier fehlt es offensichtlich an einer Anpassung an die neuen Wege, die der Gesetzgeber mit dem Erlaß des *KJHG* beschritten hat. Aber wie soll eine solche Anpassung aussehen? Nach unserem kursorischen Gang durch die Vergangenheit bis hin zur Gegenwart erreichen wir damit die Frage nach der Gestalt des künftigen Rechts.

Insoweit gibt es schon vorbereitende Arbeiten im Bundesjustizministerium, die auf eine Reform des § 1671 BGB gerichtet sind⁴⁾. Ausgelöst ist diese Reformaktivität durch den auch nach der Entscheidung des *BVerfG* von 1982 fortbestehenden Streit um das gemeinsame Sorgerecht, insbesondere um die einzelnen zu fordernden Voraussetzungen. Aufbauend auf dem *BVerfG* sowie insbesondere der rechtstatsächlichen Studie von Limbach⁵⁾ hält man nunmehr eine positivrechtliche Regelung des gemeinsamen Sorgerechts im Rahmen der Vorschrift des § 1671 BGB für geboten. Noch bevor ein Entwurf aus dem Ministerium vorliegt, wird man sagen können, daß er bei dieser Konzeption unbefriedigend ausfallen muß: Es steht zu befürchten, daß nur alle Streitfragen „erledigt“ werden, die seit 1982 in der Literatur und Rechtsprechung aufgetaucht sind, und es sind bisher keine Anzeichen erkennbar, daß die Wechselwirkungen zwischen dem *KJHG* und § 1671 BGB gesehen werden. Hinderlich mag sich insoweit auch – so lächerlich es klingen mag – die Zuständigkeitsverteilung zwischen den Ministerien auswirken: Das *KJHG* ist ein Produkt des Ministeriums für Familien und Gesundheit, das BGB gehört in die Kompetenz des Justizministeriums.

Werden die Zusammenhänge mit den neuen Regelungen im *KJHG* gesehen, so könnte für § 1671 BGB daraus möglicherweise folgen:

- Ein rechtlicher Primat jeglicher Form von elterlicher Kooperation (bis hin zum gemeinsamen Sorgerecht vor der Alleinsorge eines Elternteils).

- Begründungspflicht von Eltern und Gericht für Nicht-Kooperation (sowohl aus dem Blickwinkel des Kindeswohls als auch des rechtlichen Grundsatzes der Unverzichtbarkeit elterlicher Sorge).

- Privilegierung elterlicher Sorgerechtspläne auf der Basis fachlicher Beratung durch die Jugendhilfe i. S. weitergehender Zurückdrängung der richterlichen Kontrolle gemäß § 1671 III BGB, möglicherweise sogar deren Ersetzung.

- Grundsätzlich Koppelung von Sorgerechts- und Umgangsfrage sowohl in materiellrechtlicher als verfahrensrechtlicher Hinsicht (aus der Kindessicht gehören beide Fragen untrennbar zusammen)⁶⁾.

Doch diese Reformansätze sowie die bisherige Balance zwischen elterlichem Bestimmungsrecht und Kindeswohl sind schon wieder in Frage gestellt und möglicherweise überholt durch eine Diskussion, die einen Abschied vom Offizialsystem des § 1671 I BGB, also der notwendigen Gerichtsentscheidung über das Sorgerecht in jedem Scheidungsfall, fordert zugunsten eines Antragssystems. Zu einer gerichtlichen Entscheidung über das Sorgerecht käme es dann nur noch in zwei Ausnahmefällen, nämlich entweder bei Antragstellung eines der beteiligten Familienmitglieder oder aber bei einer das Wächteramt des Staates herausfordernden Kindeswohlgefährdung i. S. des § 1666 BGB. Dieser Vorschlag bedeutete einen erneuten, revolutionären Umschwung im staatlichen Interventionsansatz, nicht nur eine Anpassung des bürgerlichen Rechts an das

²⁾ Vgl. Coester, FuR 1991, 70, 72 f.; ders., FamRZ 1991, 253, 260 f.

³⁾ Sowie ein Verfahrensrecht, das deutlich auf justizielle Entscheidung zwischen den Eltern zugeschnitten ist.

⁴⁾ Vgl. Stremmel, Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern – Rechtstatsachen und gesetzliche Regelung (1989); Engelhardt, Bundesjustizminister a. D., in: Limbach, Die gemeinsame Sorge geschiedener Eltern in der Rechtspraxis (1989), Vorwort; ein Entwurf ist bislang noch nicht veröffentlicht. Voraussichtlich wird die geplante Reform des § 1671 BGB integriert in die nun eingeleitete, umfassende Reform des Kindschaftsrechts.

⁵⁾ Siehe oben [Fn. 3].

⁶⁾ Jopt, ZfJ 1990, 285, 290 ff.

neue Jugendhilferecht. Bei entsprechender Änderung des BGB könnte auch das KJHG so wie bisher nicht stehenbleiben, es müßte seinerseits dem neuen Familienrecht angepaßt werden. Die Rolle des Jugendhilferechts in einem Antragssystem ist von dessen Protagonisten bisher noch nicht näher definiert worden – wohl auch deshalb, weil das Antragssystem auf der Prämisse grundsätzlich fortbestehender elterlicher Eigenkompetenz zur Regelung der Sorgefrage aufbaut und sich hiermit die Vorstellung elterlicher Beratungs- und Unterstützungsbedürftigkeit nicht gut verträgt.

Nach dieser *tour d'horizon* des Sorgerechtsproblems im Wandel der Zeiten und Auffassungen sollen im folgenden zwei der angesprochenen Fragenkreise vertieft werden – der Hilfsansatz des KJHG bei Partnerkonflikten im einzelnen und die Folgerungen für die Mitwirkung des Jugendamts im familiengerichtlichen Verfahren, sowie zweitens die soeben erwähnte Diskussion zum „Antragssystem“.

B. Der Ansatz des KJHG im einzelnen

Die Aufgaben der Jugendhilfe nach dem KJHG liegen auf drei Ebenen: *Familienbegleitend und präventiv* orientiert ist die Beratung, die nach § 17 I Nr. 1 und 2 KJHG den Eltern angeboten werden soll zwecks Aufbau eines partnerschaftlichen Zusammenlebens und der Bewältigung von Konflikten und Krisen. Im Falle der Elterntrennung ist – auf zweiter Ebene – *Reorganisationshilfe* zu leisten, d. h. Hilfe bei der eigenverantwortlichen Neuordnung der trotz Elterntrennung grundsätzlich fortbestehenden Eltern-Kind-Beziehungen (§§ 17 I Nr. 3, II; 28 KJHG). Trotz gewisser sachlicher Überschneidungen völlig anders ausgerichtet ist die dritte Funktion der Jugendhilfe, die in § 50 KJHG geregelte *Mitwirkung im familiengerichtlichen Verfahren*.

I. Präventive Beratung

Die Partnerschaftsberatung geschieht, obwohl den Eltern gewährt, nur um der Kinder willen: In deren Interesse soll die Familiengemeinschaft nach Möglichkeit stabilisiert und erhalten werden. Vom Kind her gedacht, kommt es folgerichtig auf die eheliche Verbundenheit der Eltern nicht an. Die Wirkungschancen dieser Beratung mögen in der Praxis nicht sehr groß sein⁷⁾, sie werden auch sehr davon abhängen, in welchem Stadium der Familienkrise die Jugendhilfe Kontakt zur Familie bekommt: Ist dies erst auf Grund einer Mitteilung des Familiengerichts vom anhängigen Scheidungsverfahren der Fall, wird es – wie die Praxis früherer „Sühneversuche“ zeigt – für familienerhaltende Aktivitäten regelmäßig zu spät sein⁸⁾. Dennoch hat die Beratung mit dem Ziel der Familienerhaltung einen wichtigen Stellenwert sowohl in rechtsethischer Hinsicht als auch für das Selbstverständnis der Jugendhilfe: Schadensvermeidung rangiert auch hier vor Schadensminderung, die Jugendhilfe ist nicht reduziert auf bloße Liquidationsberatung.

II. Reorganisationshilfe

1. *Funktionaler Bezug der jugendhilferechtlichen Unterstützung:* Erweisen sich Trennung bzw. Scheidung der Eltern als unvermeidbar, so haben jugendhilferechtliche Bemühungen darauf abzielen, den Fortbestand der Elternfunktion in diesem Auseinandersetzungsprozeß zu sichern, die Partnerscheidung also nach Möglichkeit nicht zu einer völligen Familienscheidung werden zu lassen. Wichtig ist jedoch die Erkenntnis, daß dieses wünschenswerte Ergebnis der Jugendhilfe als Aufgabe und Verantwortung *nicht unmittelbar* auferlegt ist – die Stoßrichtung ihrer Bemühungen zielt auf *elterliche Selbstregulierung*: Hilfe zur Selbsthilfe ist nach dem KJHG zu gewähren, nicht

mehr, aber auch nicht weniger. Nach Auffassung des *BVerfG* umfaßt die vorrangige Elternverantwortung gemäß Art. 6 II S. 1 GG *auch* die kindeswohlgerichte Neugestaltung der Eltern-Kind-Beziehungen im Fall der Trennung oder Scheidung der Eltern⁹⁾. Angesichts des Umstands, daß die Eltern über die besonderen Probleme ihrer Kinder in dieser Situation häufig unzureichend informiert und zudem in ihrer Fähigkeit zu kindesorientiertem Denken und Handeln auf Grund ihrer Partnerschaftsprobleme eingeschränkt sind, rechtfertigt sich eine staatliche Intervention mit dem Ziel, die Eltern zur Wahrnehmung ihrer Regelungskompetenz auch sachlich zu befähigen. Pointiert ausgedrückt: Träger der *rechtlichen Entscheidungskompetenz* sind die Eltern, etwa vorhandene Mängel ihrer *Sachkompetenz* zur verantwortlichen Selbstregulierung hat die Jugendhilfe auszugleichen.

Damit stellt sich die Frage nach einer grundsätzlichen Abgrenzung zur gerichtlichen Entscheidungsmacht. Der Wortlaut des § 17 II KJHG vermittelt den Eindruck, als sei das elterliche Sorgerechtskonzept nur ein vorbereitender Entwurf für die letztlich maßgebliche gerichtliche Neuordnung. Dies ist *formal* richtig insoweit, als unmittelbar rechtsgestaltende Wirkung erst der gerichtlichen Entscheidung zukommt. *Sachlich* jedoch liegt, wie bereits erwähnt, die vorrangige Bestimmungsbefugnis bei den *Eltern*, ihr einvernehmliches Sorgerechtskonzept zeichnet den Inhalt der richterlichen Sorgerechtsentscheidung vor und unterliegt nur noch einer eingeschränkten Negativkontrolle im Lichte des Kindeswohls gemäß § 1671 III S. 1 BGB¹⁰⁾. Diese Vorschrift ist Ausdruck des staatlichen Wächteramtes gemäß Art. 6 II S. 2 GG, auf das die Gerichte angesichts autonomer elterlicher Sorgerechtsregelung reduziert sind.

Es ist merkwürdig, wie wenig diese klare rechtliche Kompetenzverteilung in das Bewußtsein der Betroffenen und auch vieler Jugendhilfemitarbeiter eingedrungen ist. Die häufigen Klagen über das „antagonistische Rechtsverfahren“, über rechtlichen Zwang und die „rechtliche Bevormundung der Eltern“ sind Ausdruck dieses Mißverständnisses; sie verschweigen die Hauptsache, daß nämlich das Sorgerecht und andere Scheidungsfolgen in erster Linie von den Beteiligten selbst geregelt werden können. Diese Erkenntnis ist auch für die Trennungsberatung der Jugendhilfe wichtig: Berater und Eltern sollten nicht auf den Richter schielen, sondern selbstbewußt und eigenverantwortlich eine kindgerechte Neuordnung der nachehelichen Beziehungen erarbeiten¹¹⁾, die dann in weiten Vertretbarkeitsgrenzen auch die formelle Absegnung durch das Gericht erhalten wird.

2. *Träger der nach § 17 KJHG vorgeschriebenen Reorganisationshilfe* sind die öffentliche und die freie Jugendhilfe sowie, kraft ausdrücklicher Einbeziehung in § 28 KJHG, auch die Erziehungsberatungsstellen. Bei Kindern mit Erziehungsproblemen haben die Trennungs- und Scheidungsfamilien auch bisher schon einen erheblichen Teil der Klientel der Erziehungsberatungsstellen ausgemacht¹²⁾. Der *Inhalt* der von ihnen zu leistenden Hilfe ist jedoch ebenfalls grundsätzlich in § 17 I

⁷⁾ Optimistisch: *Schach*, DAVorm 1991, 785, 790.

⁸⁾ Vgl. *Balloff/Walter*, FuR 1991, 63, 68: Trennungsentscheidung grundsätzlich zu respektieren.

⁹⁾ *BVerfG*, FamRZ 1971, 421, 424; 1982, 1179, 1182.

¹⁰⁾ *Staudinger/Coester*, BGB, 12. Aufl., § 1671 Rz. 149; dies gilt auch für den auf gemeinsames Sorgerecht gerichteten Vorschlag, a.a.O. Rz. 167, 174 m. Nachw. des Streitstands.

¹¹⁾ Vgl. *Menne*, ZfJ 1992, 66, 74; *Proksch*, NDV 1988, 265 ff.; *Matthey*, in: *Proksch*, Wohl des Kindes (1990), S. 58 ff.

¹²⁾ Vgl. *Menne*, ZfJ 1992, 66 ff.

Nr. 3, II KJHG vorgezeichnet¹³⁾. Anders als § 17 KJHG setzt ihre Hilfspflicht gemäß § 27 I KJHG zwar ein bestehendes Erziehungsdefizit voraus, dafür hat dann aber eine besonders qualifizierte Beratung (durch ein multidisziplinäres Fachteam) zu erfolgen, die auch von vornherein dem Kind zu gewähren ist¹⁴⁾. Allerdings ist das Kind auch bei der Hilfe für den „normalen Scheidungsfall“ nach § 17 KJHG nicht ein „außenstehender Dritter“, wie der Gesetzeswortlaut vermuten lassen könnte: Auch dort ist seine Einbeziehung in die Erarbeitung eines Sorgerechtskonzepts „entsprechend seinem Entwicklungsstand“ rechtlich geboten, für die Eltern durch § 1626 II BGB, für die Jugendhilfe gemäß § 8 I KJHG. Es gehört zur wichtigen Verantwortung der Jugendhilfe-Mitarbeiter, auf die gewissenhafte Beachtung dieser Kindesposition auch den Eltern gegenüber hinzuwirken und damit die im KJHG unterentwickelte Rechtsstellung der Kinder selbst¹⁵⁾ praktisch auszugleichen.

3. Die Art der nach § 17 I Nr. 3, II KJHG zu leistenden Beratung und Unterstützung ist vom KJHG nicht näher vorgeschrieben, sie unterliegt dem fachlichen Ermessen der Jugendhilfe-Träger¹⁶⁾. Üblicherweise werden als geeignete Interventionsformen genannt die Beratung, Therapie und Mediation¹⁷⁾. Auf jeden Fall wird es einer problemspezifischen Ausbildung und Organisation bei den Jugendhilfeorganen bedürfen, wenn die Hilfe nach § 17 KJHG professionell und effektiv sein soll. Dazu gehören auch pädagogische und psychologische Kenntnisse für die Beratungsführung und Mediation¹⁸⁾, während Therapie von vornherein nur von einem Psychologen oder Psychiater geleistet werden kann. Des weiteren spielen, auch wenn die Sorgerechtsgestaltung primär den Eltern zusteht, jedenfalls bei Beratung und Mediation Rechtskenntnisse eine erhebliche Rolle. Fachliche Beratung oder Mediation i. S. von § 17 KJHG setzt nicht nur die Kenntnis der sorgerechtlichen Grundsätze bei Trennung und Scheidung voraus, sondern auch der sonstigen Scheidungsfolgenregelungen sowie der jeweils bestehenden Vereinbarungsfreiräume: Ohne Klarheit insbesondere über die Ehewohnung, Kindes- und Gattenunterhalt kann ein tragfähiges Sorgerechtskonzept schlechterdings nicht entwickelt werden¹⁹⁾. Auch autonome Folgevereinbarungen der sich trennenden Partner werden inhaltlich beeinflusst von dem, was das Recht im Nichteinigungsfall anordnet, und müssen sich in den allgemeinen Rechtsrahmen einfügen: Die Verhandlungen erfolgen notwendigerweise „im Schatten des Rechts“²⁰⁾.

Nun stellt sich hinsichtlich einer Rechtsberatung durch Mitarbeiter der Jugendhilfe allerdings das Problem der diesbezüglichen fachlichen und rechtlichen Kompetenz. Fachlich mag man darüber streiten, ob es einem Nichtjuristen gelingen kann, das komplizierte Regelungssystem des Scheidungsfolgenrechts hinreichend kompetent zu erfassen und – auf den Einzelfall umgesetzt – zu vermitteln. Für die Sorgerechts- und Wohnungsfragen sähe ich weniger Schwierigkeiten als für den Unterhalt. Überlagert ist das Problem des Könnens jedoch von dem des Dürfens: Nach dem Rechtsberatungsgesetz (RBeratG) von 1935 darf nicht jedermann, und sei er noch so rechtskundig, geschäftsmäßig Rechtsrat erteilen, sondern nur generell oder kraft Erlaubnis im Einzelfall zugelassene Berufsgruppen. Es kann nun, wie jüngst Haffke herausgearbeitet hat, kaum zweifelhaft sein, daß die im Rahmen der Scheidungsberatung oder -mediation zu leistende Rechtsberatung eine solche i. S. des RBeratG, also grundsätzlich erlaubnispflichtig ist²¹⁾. Allerdings bleibt zu fragen, ob nicht die entsprechende Beratung durch die Jugendhelfemitarbeiter unter die generelle Befreiung gemäß § 3 Ziff. 1 RBeratG fällt, nämlich als „Rechtsberatung und Rechtsbetreuung, die von Behörden . . . im Rahmen ihrer Zuständigkeit ausgeübt wird“. Haffke verneint dies unter

Hinweis auf das vom Gesetzgeber grundsätzlich angestrebte „hohe professionelle Qualifikationsniveau für Rechtsberatung“; ein von ihm als revolutionär empfundener Eingriff in das bisherige, zweigeteilte Gefüge der Rechtsberatung durch Anwälte und der psychosozialen Betreuung durch die Jugendhilfe müßte auf einer bewußten, ausdrücklichen Entscheidung des Gesetzgebers beruhen. Der Gesetzgeber des KJHG habe sich zu dieser Frage jedoch auch in den Gesetzesmaterialien nicht geäußert.

Sowohl dies als auch die generelle Zielsetzung des Rechtsberatungsgesetzes sind von Haffke zutreffend beschrieben. Dennoch trägt diese Argumentation m. E. nicht die Folgerung, daß die Träger der Jugendhilfe nicht zur Rechtsberatung im Rahmen von Mediation oder Trennungsberatung befugt seien. Zum einen wird die Aussagekraft des gesetzlich erwünschten Qualifikationsniveaus überzogen: Die vom Rechtsberatungsgesetz selbst zugelassenen Berufsgruppen und Ausnahmen relativieren dieses Ziel. Hinsichtlich der Behörden wird die Qualifikation der beratenden Mitarbeiter nicht gesetzlich vorgeschrieben; daneben dürfen erlaubnisfrei Rechtsrat erteilen z. B. die Mitarbeiter öffentlich geförderter Verbraucherzentralen (§ 3 Ziff. 8 RBeratG), Gewerbetreibende im unmittelbaren Zusammenhang abgeschlossener Geschäfte (§ 5 Ziff. 1 RBeratG), Hausverwalter (§ 5 Ziff. 3 RBeratG) oder die ärztliche Standesvereinigung über arzt- und haftungsrechtliche Fragen (§ 7 RBeratG). Man wird nun nicht sagen können, daß die Rechtsfragen des Verbraucherschutzes, des Wohnungseigentumssetzes oder des Arztrechtes weniger kompliziert seien als die des Scheidungsfolgenrechts, und dennoch akzeptiert das Gesetz hier nichtjuristische Rechtsberater.

Zum zweiten steht die ausdrückliche gesetzliche Aufgabenzuweisung durch §§ 17 I Ziff. 3, II; 28 KJHG im Raum. Der Bezug zum Recht wird vom Wortlaut des § 17 II KJHG unmittelbar hergestellt, er kann auch aus dem Wort „Elternverantwortung“ in § 17 I Ziff. 3 KJHG herausgelesen werden, denn so nennt das BVerfG das Elternrecht des Art. 6 II S. 1 GG²²⁾. Der untrennbare Zusammenhang zwischen Sorgerecht

¹³⁾ Kaufmann, in: Wiesner/Zarbock, Das neue Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG) und seine Umsetzung in die Praxis (1991), S. 319 ff., 329 f.; Menne, ZfJ 1992, 66 f.

¹⁴⁾ Menne, ZfJ 1992, 66 ff., 67 f., 72.

¹⁵⁾ Dazu Coester, FamRZ 1991, 253 ff., 258 ff.; Balloff/Walter, FuR 1991, 63, 65; Rauscher, NJW 1991, 1087, 1088.

¹⁶⁾ Vgl. Struck, in: Wiesner/Zarbock [Fn. 13], S. 79 ff., 84; Kaufmann, ebd. S. 319 ff., 326.

¹⁷⁾ Überblick: Balloff/Walter, FuR 1991, 63, 65 ff. (mit Lit. Nachw. S. 63 Fn. 8); speziell zur Beratung Kaufmann, in: Wiesner/Zarbock [Fn. 13], S. 319, 327 ff.; zur Mediation Proksch, FamRZ 1989, 916 ff.; Mähler, FamRZ 1989, 935 f.; Mähler/Mähler, in: Krabbe, Scheidung ohne Richter (1991), S. 148 ff., 153 ff., sowie die weiteren Beiträge und Nachw. in diesem Band von Diez/Krabbe (S. 109 ff.), Haynes (S. 132 ff.), Proksch (S. 170 ff.), Stempel (S. 236 ff.) und die Vereinbarungsbeispiele S. 275 ff.

¹⁸⁾ Vgl. Mähler/Mähler [Fn. 17], S. 161 f.

¹⁹⁾ Insb. Mähler/Mähler [Fn. 17], S. 148 ff., 153 ff. (zur Mediation); vgl. Kaufmann, in: Wiesner/Zarbock [Fn. 13], S. 319 ff., 328 (zur Beratung).

²⁰⁾ Nach einer Formulierung von Mnookin/Kornhauser, Bargaining in The Shadow of the Law: The Case of Divorce, 88 Yale L.J. 950 (1979); vgl. dagegen Haffke, Legitimation von Mediation im deutschen Rechtsraum (Vortrag vor der Evang. Akademie Bad Boll am 25. 1. 1992, noch unveröffentlicht): „Im Lichte des Rechts“.

²¹⁾ Vgl. Haffke [Fn. 20]; ähnl. wohl Mähler/Mähler [Fn. 17], S. 166 f., allerdings für den Fall einer umfassenden Scheidungsmediation.

²²⁾ BVerfGE 24, 119, 143 = FamRZ 1968, 578 ff.; BVerfGE 31, 194, 205 = FamRZ 1971, 421 ff.; BVerfGE 59, 360, 376 f. = FamRZ 1982, 570 (LSe.); BVerfG, FamRZ 1982, 1179, 1182. Auch sonst erstreckt sich das vom Jugendamt zu leistende Beratung eindeutig auch auf Rechtsfragen, z. B. § 18 I KJHG (Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen des Kindes), § 18 II KJHG (Feststellung der Vaterschaft), § 18 III KJHG (Ansprüche der Mutter nach §§ 1615k, 1615l BGB), § 18 IV KJHG (umgangsrechtliche Beratung), § 51 II–III KJHG (Belehrung und Beratung bei Adoption).

und anderen Scheidungsfolgen sollte einem Gesetzgeber, der das Verbundsystem eingeführt hat (vgl. insbesondere § 627 ZPO!), dabei bewußt gewesen sein. Daraus kann nur geschlossen werden, daß die Gesetzesverfasser des KJHG die für die Erarbeitung eines Sorgerechtskonzepts nach § 17 KJHG unerläßliche Rechtsinformation unproblematisch auch als Aufgabe der Jugendhilfeträger und als Fall des Behördenvorbehalts i. S. des § 3 Ziff. 1 RBRatG angesehen haben. Andernfalls müßte man vertreten, daß das Gesetz der Jugendhilfe als herausgehobene Neuerung in § 17 KJHG eine Aufgabe zugewiesen hat, deren sachgerechte Erfüllung den Jugendhilfeträgern rechtlich verboten ist. Kaum weniger absurd wäre die Folgerung, daß zu jeder Trennungsberatung gemäß §§ 17, 28 KJHG von vornherein Anwälte hinzugezogen werden müßten – ein im Regelfall wohl kontraproduktives Verfahren.

Als Ergebnis ist festzuhalten: Die problemspezifische Qualifizierung der Jugendamtsmitarbeiter hat sich auch auf die Dimensionen des Rechts zu erstrecken. Im Rahmen der Trennungsberatung oder -mediation gemäß § 17 KJHG dürfen den Eltern auch die sachnotwendigen Rechtsinformationen vermittelt werden. Dies gilt auch für freie Träger der Jugendhilfe, die zwar keine „Behörden“ i. S. des § 3 Ziff. 1 RBRatG sind, aber bei Anerkennung gemäß § 75 KJHG den öffentlichen Jugendhilfeträgern gleichgestellt werden können²³⁾. Die Rechtsberatungsbefugnis der Jugendhilfe findet ihre Grenze am sorgerechtsbezogenen Auftrag des § 17 KJHG, sie erstreckt sich nicht auf umfassende Scheidungsmediation. Im übrigen enthält die Beratungsbefugnis auch ein erhebliches *Verpflichtungselement* hinsichtlich der notwendigen Qualifizierung, einschließlich der verantwortlichen Entscheidung, wann die Kompetenzgrenzen des Beraters erreicht sind und die Einschaltung von Anwälten geboten ist²⁴⁾.

4. *Sachliches Ziel der jugendhilferechtlichen Bemühungen* gemäß § 17 KJHG ist es, die Eltern zur Entwicklung eines einvernehmlichen, kindeswohlförderlichen Sorgerechtskonzepts anzuregen bzw. sie dabei zu unterstützen. Dazu gehört auch, obwohl vom Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt, die Regelung des persönlichen Umgangs mit dem Elternteil, bei dem das Kind nicht lebt²⁵⁾. Das KJHG hat nicht, im Gegensatz zu früheren Entwürfen, das fortgeführte gemeinsame Sorgerecht als gesetzliches Regelziel festgeschrieben; die Gesetzesbegründung läßt aber erkennen, daß elterliche Kooperation auch nach der Scheidung als kindeswohlförderlich und das gemeinsame Sorgerecht als optimaler Ausdruck solcher Kooperation angesehen wird²⁶⁾. Für diesen Ansatz, der nicht kraft Entscheidung Dritter verwirklicht werden kann, sondern nur durch die Eltern selbst, sprechen erdrückende Argumente sowohl psychosozialer als auch juristischer Natur, die bereits zur Genüge aufgelistet worden sind²⁷⁾. Es würde sich um eine atmosphärische Veränderung von geradezu gesellschaftspolitischer Bedeutung handeln, wenn es gelänge, das Modell fortbestehender gemeinsamer Elternschaft trotz Partnerscheidung als gesellschaftlichen „Normalfall“ wie auch als ethische Anforderung an die Eltern im allgemeinen Bewußtsein zu verankern. Die nicht verstummende Kritik am gemeinsamen Sorgerecht nach Scheidung greift demgegenüber zu kurz: Niemand hat es ernsthaft als „Sorgerechtsmodell für jedermann“ vorgeschlagen, es wird immer einen erheblichen Prozentsatz einigungs- und kooperationsunfähiger Scheidungseltern geben. Nur sind es merkwürdigerweise oft dieselben, die insoweit zwar warnend ihre Stimme erheben, andererseits aber die gerichtliche Offizialentscheidung über das Sorgerecht abschaffen wollen – mit der Folge des automatischen Fortdauerns der gemeinsamen elterlichen Sorge auch bei einigungsunfähigen Eltern²⁸⁾. Gebo-

ten durch das KJHG ist nur die Ermutigung und Unterstützung der vielen Elternpaare, die aus eigener Kraft zu einem Konsens nicht gelangen oder die dem auch unter sog. Fachleuten verbreiteten Irrtum unterliegen, das Recht zwingt im Scheidungsfall die Parteien in antagonistische Positionen und zum Kampf um subjektive Rechte.

Als Ergebnis des Verständigungsprozesses muß auch keineswegs stets das gemeinsame Sorgerecht herauskommen – entscheidend für die Kinder ist nicht die rechtliche Zuständigkeitsverteilung, sondern der atmosphärische Wechsel von Kampf und Haß zu befriedetem elterlichen Miteinander und zu möglichst viel elterlicher Kooperation²⁹⁾. Gemeinsamkeit *nur* auf der Sorgerechtsbene ist nicht nur nicht ausreichend, sondern sogar kontraindizierend: Das gemeinsame Sorgerecht ist ebensowenig ein Instrument zur bloßen Perpetuierung väterlicher Mitbestimmungsrechte wie die Mediation eine Veranstaltung zur einseitigen Aktualisierung weiblicher Verzichtsbereitschaft ist³⁰⁾. Wer nur Beteiligung am Recht will ohne konkret dargelegte Bereitschaft zur entsprechenden Beteiligung auch an elterlicher Verantwortung und Pflichten, ist nicht i. S. des Kindeswohls kooperationsbereit und damit kein Kandidat für das gemeinsame Sorgerecht. Allerdings sollte auch die mögliche psychologische Wechselwirkung von rechtlicher Elternschaft und Verantwortungsgefühl, oder umgekehrt von Entrechtung und faktischem Rückzug vom Kind nicht außer acht gelassen werden: Wer die rechtliche Elternverantwortung behält, wird eher bereit sein, sich um die Kinder zu kümmern, als der, dem die Zuständigkeit für die Kinder ausdrücklich abgesprochen wird.

Ziel der jugendhilferechtlichen Bemühungen muß also die sachliche Kooperationsgemeinschaft der Eltern sein, nicht nur die formale Vereinbarungs- und Rechtsgemeinschaft: Nur erstere ist „dem Wohl des Kindes förderlich“ i. S. von § 17 I Nr. 3 KJHG. Die Beratung nach § 17 KJHG dient damit auch der Abwehr von Fehl Tendenzen, etwa dem mißbräuchlichen Begehren gemeinsamen Sorgerechts einerseits (Stichwort: „Wenn ich zahlen soll, will ich auch mitbestimmen!“), der mißbräuchlichen Verweigerung andererseits (Stichwort: „Mein Kind gehört mir!“). Die Jugendhilfe wandelt bei der Trennungsberatung insoweit auf einem schmalen Grat – Orientierung bietet nur die ständige Vergewärtigung, daß für jede jugendhilferechtliche Aktivität die Interessen und Rechte des Kindes maßgeblich sind und nicht der Ausgleich von Elterninteressen.

Gelingt es den Eltern, sich – mit oder ohne jugendhilferechtliche Unterstützung – zu echter nachehelicher Kooperation durchzuringen, so sollte nicht mehr bezweifelt werden, daß dies regelmäßig die den Kindern förderlichste Lösung ist.

²³⁾ Andernfalls würde auch der Vorrang der freien Jugendhilfe gemäß § 4 II KJHG für den Bereich des § 17 KJHG leerlaufen. Vgl. auch die landesverfassungsrechtlichen Anerkennungen der „Träger der Wohlfahrtspflege“ oder Jugendverbände, Art. 6 III Nordrhein-Westfalen, Art. 26 Rheinland-Pfalz, Art. 25 I 3 Saarland, Art. 36 Bremen; zur Stellung der freien Träger aus verfassungsrechtlicher Sicht vgl. Zacher, in: Handbuch des Staatsrechts (1989), Band IV, § 34 Rz. 79–82.

²⁴⁾ Zur Rolle von Anwälten im Mediationsverfahren vgl. Mähler/Mähler [Fn. 17], a.a.O., sowie Haffke [Fn. 20], a.a.O.

²⁵⁾ Coester, FamRZ 1991, 253 ff., 261; vgl. Jopt, ZfJ 1990, 285 ff.

²⁶⁾ BT-Drucks. 11/5948, S. 58; vgl. Rauscher, NJW 1991, 1087 f., 1089.

²⁷⁾ Vgl. (jeweils m.w.N.) Staudinger/Coester [Fn. 10], § 1671 Rz. 161 ff.; ders., FuR 1991, 70 ff.; vgl. zuletzt Michalski, FamRZ 1992, 128 ff., der allerdings § 17 KJHG übersieht.

²⁸⁾ Z. B. Balloff/Walter, FuR 1991, 63 ff., 64, 69.

²⁹⁾ Vgl. Wiesner, FuR 1990, 325, 330; Struck, in: Wiesner/Zarbock [Fn. 13], S. 79 ff., 83 f.; Menne, ZfJ 1992, 66, 67 [Fn. 3].

³⁰⁾ Zu entsprechenden Befürchtungen aus feministischer Sicht vgl. R. Wolff, Statement zum Hearing „Scheidungsfolgen für Kinder und Eltern in München“ am 20. 1. 1992; vgl. schon (mit Hinweis auf US-amerikanische Fehl Tendenzen) Coester, EuGRZ 1982, 256 ff.

Empirische Erkenntnisse zeigen einen signifikant höheren Zufriedenheitsgrad bei Scheidungsfamilien mit gemeinsamem Sorgerecht, wenngleich eine problemlose Idylle auch hier realistischweise nicht erwartet werden kann³¹). Gelingt den Eltern jedoch keine Übereinkunft, bedarf es einer familiengerichtlichen Entscheidung zwischen ihnen.

III. Mitwirkung im familiengerichtlichen Verfahren

Auch im gerichtlichen Sorgerechtsverfahren weist das KJHG dem Jugendamt eine Funktion zu: Nach § 50 I hat es das FamG bei Sorgemaßnahmen zu unterstützen und im Erkenntnisverfahren „mitzuwirken“. Nach § 50 II unterrichtet das Jugendamt insbesondere über angebotene und gewährte Leistungen und weist auf weitere Hilfsmöglichkeiten hin.

Die Beteiligung des Jugendamts am gerichtlichen Verfahren ist nicht neu. Traditionell hatte sich die Zusammenarbeit von Gericht und Jugendamt vor dem KJHG so eingespielt, daß das Jugendamt (oder – bei verschiedenem Wohnsitz der Eltern – die Jugendämter) auf Anforderung durch das Gericht Gespräche mit den Elternteilen (manchmal auch dem Kind) führte, u. U. Hausbesuche machte und auf dieser Basis einen Bericht erstellte, der mit einem Entscheidungsvorschlag für das Gericht abschloß und vom Gericht zumeist übernommen wurde³²). Die Jugendhilfe fungierte also als „Gerichtshilfe“, als Ermittlungsaußenstelle des Gerichts.

Das KJHG wollte das Verhältnis beider Institutionen neu ordnen und dem Jugendamt eine eigenständige Rolle im Verfahren zuweisen³³). Gericht und Jugendamt sind zur Zusammenarbeit verpflichtet³⁴).

Welcher Art diese Zusammenarbeit nunmehr zu sein hat, ist allerdings Gegenstand erheblicher Unsicherheit in der Praxis. Ein vom OLG Frankfurt am 28. 10. 1991 entschiedener Fall ist dafür kennzeichnend³⁵): Auf die übliche Berichts-anforderung durch das Gericht hatte die Sozialarbeiterin des Jugendamts nur mitgeteilt, daß die Eltern das Beratungsangebot des Jugendamts nicht angenommen hätten. Auch auf Nachfrage durch das Gericht sah sie sich nicht in der Lage, nähere Ermittlungen durchzuführen und einen sachlichen Bericht abzugeben. Das FamG erließ daraufhin eine mit Zwangsgeld bewehrte Anordnung, die dem Jugendamt bestimmte Sachermittlungen sowie die Pflicht zu einem Entscheidungsvorschlag auferlegte. Das OLG hat diese Anordnung zwar aufgehoben und einige Grundsatzklärungen gebracht, für die Arbeit der Jugendämter nach § 50 KJHG aber wenig konkrete Hinweise gegeben.

Als Befund ist festzuhalten: Das KJHG hat dem Jugendamt in Scheidungsfällen zwei Aufgaben zugewiesen, die jeweils eigenständige Bedeutung haben – die Trennungsberatung nach §§ 17, 28 KJHG sowie die Gerichtshilfe nach § 50 KJHG. Der Verschiedenheit beider Aufgaben trägt schon die Gesetzessystematik Rechnung: §§ 17, 28 KJHG gehören gemäß § 2 I KJHG zu den „Leistungen“ der Jugendhilfe, die Mitwirkung im Gerichtsverfahren zu den „anderen Aufgaben“. Beide Bereiche des KJHG werden vom Gesetz getrennt behandelt (§ 2 II, III sowie 2. und 3. Kapitel); im Gegensatz zum Leistungsbereich sind die „anderen Aufgaben“, die eher hoheitliche Funktionen betreffen³⁶), grundsätzlich den öffentlichen Jugendhilfeträgern vorbehalten³⁷). Verschieden sind auch die Adressaten jugendhilferechtlicher Aktivitäten: Die Trennungsberatung nach § 17 KJHG ist den Eltern als Entscheidungsträgern zu gewähren, die Mitwirkung gemäß § 50 KJHG ist dem Entscheidungsträger „Familiengericht“ zugeordnet. Gemeinsamer Richtpunkt der jugendamtlichen Tätigkeiten ist zwar das Kindesinteresse, jedoch wird es auf ganz unterschiedlichen Ebenen und in unterschiedlicher Weise verfolgt: Im Rahmen

der Beratung und Unterstützung nach § 17 KJHG mittelbar über die Kompetenzstärkung der Eltern – die Frage nach dem „besseren Elternteil“ oder dem „objektiven Kindeswohl“ steht hier nicht im Vordergrund³⁸), während sie im streitigen Sorgerechtsverfahren unmittelbares Erkenntnisthema für Gericht und Jugendamt sein muß.

Zum Befund gehört schließlich noch die Feststellung, daß beide Funktionen des Jugendamts miteinander in Konflikt geraten können³⁹): Insbesondere wäre der Erfolg vermittelnder Beratung der Eltern gemäß § 17 KJHG von vornherein in Frage gestellt, wenn die Eltern befürchten müßten, daß ihre Äußerungen und evtl. Konzessionen im Rahmen dieses kindzentrierten und auf fairen Interessenausgleich gerichteten Verfahrens gegen sie verwendet werden könnten, falls es nicht zu einem einvernehmlichen Konzept, sondern zu einem streitigen Gerichtsverfahren kommen sollte⁴⁰).

Das Gesetz läßt nun die Jugendhilfe mit diesem Konflikt nicht allein, sondern trifft selbst im Rahmen der datenschutzrechtlichen Vorschriften des KJHG eine wesentliche Abgrenzung. §§ 64, 65 KJHG verstärken den allgemein-sozialrechtlichen Datenschutz (vgl. §§ 61 I KJHG = SGB VIII; 35 SGB I; 69 SGB X) und schotten im Ergebnis die Beratungssphäre der §§ 17, 28 KJHG strikt ab vor einem Datenzugriff durch die für das Gerichtsverfahren ermittelnden Instanzen – sei dies nun das Gericht selbst oder das Jugendamt in seiner Mitwirkungsfunktion nach § 50 KJHG⁴¹). Nach § 64 I KJHG dürfen personenbezogene Daten nur zu dem Zweck verwendet werden, zu dem sie erhoben worden sind – die Zwecke der Jugendamtstätigkeit nach §§ 17, 28 KJHG sowie nach § 50 KJHG sind aber, wie gezeigt, ganz verschiedene, ein Datentransfer ist schon deshalb unzulässig. Darüber hinaus läßt § 64 II KJHG die Erfüllung anderer Aufgaben zurücktreten, wenn die hierfür notwendige und nach allgemeinen Grundsätzen auch zulässige Datenoffenbarung (§ 69 I Ziff. 1 SGB X) den Erfolg einer „Leistung“ in Frage stellen würde. Dies bedeutet im Klartext: Da die Verwertung von im Beratungsprozeß gewonnenen Informa-

³¹) Vgl. Erhebung des ASD München im Jahre 1990 (noch unveröffentlicht; für die Überlassung danke ich Frau A. Tauche): Bei grundsätzlich positiver Einschätzung der gemeinsamen Sorge durch die betroffenen Eltern und Kinder im Vergleich zur Alleinsorge eines Elternteils gab es größere Probleme vor allem durch Hin- und Hergerissenheit der Kinder, Fortdauer beiderseitiger Verantwortung der Eltern und bei neuer Partnerbeziehung der Eltern. Dennoch war die Zufriedenheit mit dem gemeinsamen Sorgerecht insgesamt höher (Mütter: 91 %; Väter: 85 %) als bei elterlicher Alleinsorge (Mütter: 81 %; Väter: 63 %).

³²) Verschiedene Jugendämter tendierten zu einer Begünstigung „ihres“ Elternteils; vgl. zum ganzen Knappert, ZfJ 1991, 398 f.; Kaufmann, ZfJ 1991, 18, 19; Mörsberger, in: Wiesner/Zarbock [Fn. 13], S. 343 ff., 360.

³³) BT-Drucks. 11/5948, S. 87; Rauscher, NJW 1991, 1087, 1088.

³⁴) FamG: § 49a FGG; Jugendamt: § 50 I S. 2 KJHG; vgl. BT-Drucks. 11/5948, S. 138.

³⁵) FamRZ 1992, 206 ff. = ZfJ 1992, 101 ff.

³⁶) Haffke [Fn. 20], sub VI. 3. 2.

³⁷) Vgl. Menne, ZfJ 1992, 66, 73.

³⁸) Vgl. Kaufmann, in: Wiesner/Zarbock [Fn. 13], S. 319 ff., 325; Balloff/Walter, FuR 1991, 63, 64; Knappert, ZfJ 1991, 398, 399 f.

³⁹) Zum Konflikt bei Kindesgefährdungen vgl. Kaufmann, ZfJ 1990, 4 ff.; in JGG-Sachen Ostendorf, ZfJ 1991, 9 ff.; bei Tätigkeit des psychologischen Sachverständigen Balloff, ZfJ 1991, 387.

⁴⁰) Vgl. insb. Mähler/Mähler [Fn. 17], S. 148 ff., 151, 159; Kaufmann, in: Wiesner/Zarbock [Fn. 13], S. 319 ff., 330 ff.; Haffke [Fn. 20], sub VI. 3. 3; Frommann, Die Wahrnehmung der Interessen Minderjähriger . . . , Diss. Frankfurt 1977, S. 73; Salgo, NP 1988, 152; Balloff/Walter, FuR 1991, 63, 68; Menne, ZfJ 1992, 69 ff.; Tauche, DAVorm 1991, 5 f.; Müller-Alten, ZfJ 1991, 454 ff.; Dickmeis, ZfJ 1991, 164, 169; Dörr, NJW 1992, 529, 531.

⁴¹) Vgl. Haffke [Fn. 20], sub VI. 3. 4: „Trennscharfe Linie zwischen der helfenden und der ermittelnden Tätigkeit der Jugendämter“; vgl. zum ganzen auch Kaufmann, in: Wiesner/Zarbock [Fn. 13], S. 319 ff., 332 ff.; Mörsberger, ebd., S. 343 ff.; ders., ZfJ 1990, 365 ff.; ders., ZfJ 1991, 115; Kunkel, ZfJ 1991, 111 und 459; Maas, ZfJ 1991, 577.

tionen den angestrebten Vermittlungserfolg gefährden würde, ist sie gemäß § 64 II KJHG verboten. Konkretisierend regelt § 65 KJHG schließlich speziell die Offenbarung personenbezogener Daten, die zum Zwecke persönlicher oder erzieherischer Hilfe anvertraut wurden. Zu diesen Hilfen gehört auch die Trennungsberatung nach §§ 17, 28 KJHG. Hier ist eine Offenbarung nur zulässig mit Einwilligung dessen, der die Daten anvertraut hat, oder zum Schutze höherwertiger Güter, etwa bei Kindesgefährdungen i. S. der §§ 1666 oder 1671 V BGB⁴²).

Insgesamt hat das Gesetz also die Trennungsberatung und die Mitwirkung im gerichtlichen Verfahren nicht nur systematisch, sondern auch sachlich strikt voneinander getrennt. Andererseits weist es den Jugendämtern beide Aufgaben kumulativ zu, so daß ein Jugendamt sich nicht – wie im Fall des OLG Frankfurt – einer dieser Aufgaben, etwa der Mitwirkung im Gerichtsverfahren schlicht verweigern kann unter Hinweis auf die Inkompatibilität mit seiner Beratungsfunktion⁴³). Es muß nach Wegen gesucht werden, die es erlauben, *beide Aufgaben ohne wechselseitige Beeinträchtigung zu erfüllen*. Die Lösung kann nur darin bestehen, daß eine der gesetzlichen Aufgabenteilung entsprechende strikte *organisatorische Trennung von Beratung und Verfahrensmitwirkung* durchgeführt wird. Gedacht werden könnte insoweit zunächst an eine Auslagerung der Hilfen nach § 17 KJHG auf freie Träger⁴⁴) oder Erziehungsberatungsstellen. Das Tätigwerden der zweiten setzt aber ein Erziehungsdefizit voraus, der normale Scheidungsfall kann damit nicht erfaßt werden. Und auch sonst mögen die Jugendämter wenig geneigt sein, die „Rosinen“, d. h. die anspruchsvolle und tendenziell befriedigendere Arbeit mit den Eltern anderen Institutionen zu überlassen und sich mit dem „Schwarzbrot“ der Gerichtshilfe zu begnügen. Ist das Jugendamt zur Gerichtshilfe verpflichtet und will es die Trennungshilfe gemäß § 17 KJHG nicht lassen, so bleibt nur die organisatorische Trennung *innerhalb des Jugendamts*, mit klarer Sonderung der Funktionen und informatorischer Abdichtung der Beratungsabteilung⁴⁵). Zu dieser organisatorischen Trennung ist das Jugendamt *verpflichtet*, da es anders seinen gesetzlichen Aufgaben nicht vollständig nachkommen kann⁴⁶).

Im Ergebnis hat es das *Familiengericht* nur mit der Abteilung des Jugendamts zu tun, die für die Mitwirkung im Verfahren zuständig ist, während den Eltern gegenüber das Jugendamt in zweierlei Gestalt (möglicherweise zu verschiedenen Zeitpunkten) auftritt. Von einer Abteilung erreicht die Eltern ein Beratungs- und Hilfsangebot gemäß § 17 KJHG, tunlichst verbunden mit dem Hinweis auf Eigenständigkeit und Vertraulichkeit des Beratungsprozesses. Unabhängig hiervon wird sich zu gegebener Zeit die Gerichtshilfeabteilung melden, unter Hinweis auf ihren gesetzlichen Auftrag, als sozialpädagogische Fachbehörde im Gerichtsverfahren Informationen und Entscheidungsgesichtspunkte beizusteuern. Diese Funktionstrennung bedeutet im übrigen nicht, daß nicht auch die Gerichtsabteilung des Jugendamts eigenständig und auf neuer Ebene versucht, zwischen den Eltern zu vermitteln.

Wie das Jugendamt diese gerichtliche Mitwirkungsfunktion konkret ausfüllt, hat das OLG Frankfurt in besagtem Beschluß von Oktober 1991 elegant offengelassen, unter Hinweis auf die Eigenständigkeit der Jugendhilfe. Ein Informationsfluß zwischen Beratungs- und Gerichtshilfeabteilung hinsichtlich personenbezogener Daten kommt – in Abwesenheit von Kindesgefährdungen – nur in Betracht, wenn und soweit die Eltern (und ggf. das Kind) zustimmen. Sonst hat die Beratungsabteilung nur darüber zu informieren, welche Leistungen angeboten und erbracht worden sind bzw. noch möglich sind (vgl. § 50 II KJHG). Im übrigen muß sich die Gerichtshilfeabteilung selbst

die Informationen verschaffen, die sie zur Erfüllung ihres Mitwirkungsauftrags braucht⁴⁷). Sie darf sich nicht darauf zurückziehen, daß die Eltern schon das Beratungsangebot ausgeschlagen hätten, sondern muß die Eltern erneut unter Hinweis auf die nunmehr hoheitliche Funktion des Jugendamts zur Mitwirkung auffordern. Zwangsmittel oder ein Recht zum Hausbesuch gegen den Willen der Eltern stehen dem Jugendamt jedoch nicht zu, so daß im Ergebnis ein sachlicher Beitrag des Jugendamts im familiengerichtlichen Verfahren dann nicht möglich ist, wenn die Eltern beharrlich jegliche Information und Kooperation verweigern. Hier bleibt nur daran zu erinnern, daß die primäre Ermittlungspflicht dem *Gericht* obliegt (§ 12 FGG) und nicht auf das Jugendamt delegiert werden kann⁴⁸). Das FamG mag in solchen Fällen das persönliche Erscheinen der Parteien anordnen und zum Strengbeweis übergehen, Zwangsmittel seinerseits gegen das Jugendamt scheiden aus.

C. Aufgabe der zwingenden Staatsintervention bei Scheidungen?

Zum Abschluß sind noch einige Bemerkungen zu machen zu der im Vordringen begriffenen Forderung, die zwingende Sorgerechtsentscheidung in jedem Scheidungsfall gemäß § 1671 I BGB abzuschaffen und statt dessen zu einem Antragsystem überzugehen⁴⁹). Hier sollte sorgfältig zwischen zwei Argumentationsebenen unterschieden werden: einerseits den sachlichen Meriten beider Modelle im Lichte des Kindes- und Familienwohls, andererseits dem Problem einer notwendigen Gleichbehandlung ehelicher und nichtehelicher Familien, wenn nach kommendem Recht auch unverheiratete Eltern das gemeinsame Sorgerecht für ihre Kinder innehaben können.

I. Sachliche Argumente bei Scheidungskindern

In sachlicher Hinsicht stehen sich eine Vielzahl von Argumenten pro und contra gegenüber, sie können hier nicht erneut aufgelistet und diskutiert werden⁵⁰). Aber einige Klarstellungen in der bisherigen Diskussion erscheinen doch geboten:

1. Die These, § 1671 I BGB wirke streitauslösend und zwingt die Eltern in antagonistische Positionen, die Erfolgsaussichten einer Mediation würden dadurch vermindert⁵¹), verkennt – wie bereits gezeigt – den staatlichen Interventionsansatz zumindest seit Einführung des KJHG. Das Recht ist primär darauf ausgerichtet, gemäß § 17 KJHG den autonomen Verständigungsprozeß der Eltern zu fördern, und elterliche Sorgerechtsvereinbarungen unterliegen zwar de iure einer Negativ-

⁴²) § 65 Ziff. 1–3 KJHG; vgl. Tauche, DAVorm 1991, 2 ff., 6.

⁴³) Zutr. OLG Frankfurt, FamRZ 1992, 206, 207 f. = ZfJ 1992, 101, 102.

⁴⁴) Vgl. Münder u. a., Frankfurter Kommentar zum KJHG (1991), § 17 Rz. 6; Menne, ZfJ 1992, 66, 74.

⁴⁵) Vgl. Balloff/Walter, FuR 1991, 63, 68; Menne, ZfJ 1992, 66 ff., 70 f., 74; Haffke [Fn. 20], sub VI. 3. 4; Matthey, in: Proksch, Wohl des Kindes (1990), S. 58 ff., 60; 9. DFGT, Empfehlungen der Arb.-Kreise 6,8 (s. ZfJ 1992, 138 = FamRZ 1992, 143, 144, sub II.2.c)).

⁴⁶) Haffke [Fn. 20], a.a.O.; vgl. Mähler/Mähler [Fn. 17], S. 148 ff., 159. Demgegenüber versuchen die Empfehlungen des „Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge“ vom 6. 4. 1992 ohne eine solche Trennung auszukommen. Fraglich bleibt jedoch, ob die Eltern dieses (sachlich durchaus vernünftige) integrative Modell verstehen und für glaubwürdig halten hinsichtlich des versprochenen Datenschutzes.

⁴⁷) Zur Mitwirkung im gerichtlichen Verfahren i. e. vgl. Knappert, ZfJ 1991, 398, 402.

⁴⁸) OLG Frankfurt [Fn. 43], a.a.O., m.w.N.

⁴⁹) Vgl. Coester, FuR 1991, 70 ff., 73 f. m. Nachw. der Befürworter in Fn. 31; darüber hinaus: Balloff/Walter, FuR 1991, 63, 69; Balloff, ZfJ 1991, 379, 380, 388; Jopt, ZfJ 1990, 285 ff., 292 f.; Schwenzer, Gutachten zum 59. DJT 1992 (noch unveröffentlicht), sub E. III. 2.a.

⁵⁰) Vgl. Coester [Fn. 49], a.a.O.

⁵¹) Balloff/Walter, FuR 1991, 63, 69.

kontrolle durch das FamG (§ 1671 III S. 1 BGB), de facto ist die Gerichtsentscheidung aber kaum mehr als eine offizielle Absegnung dessen, was die Eltern übereinstimmend wollen. Man mag selbst diese Absegnung für eine überflüssige Einmischung in die Familienautonomie halten, sollte sich vor dieser Wertung aber doch zunächst noch einmal mit der zentralen Funktion von Recht auseinandersetzen, den Schwachen vor Übervorteilung durch Stärkere zu schützen. „Schwach“ in diesem Sinne sind regelmäßig die betroffenen Kinder, nicht selten aber auch ein Elternteil. Deshalb gibt es auch Stimmen, die Recht als Hintergrund professioneller Scheidungsmediation nicht nur positiv einschätzen, sondern sogar für unverzichtbar halten⁵²⁾. Eine prima-facie-Kontrolle des Gerichtes, ob ihre Vereinbarung fair und Kindeswohlgerecht ist, sollte die Eltern in ihrer Verständigungsbereitschaft eigentlich nicht irritieren, sie stehen ja ohnehin vor dem Richter. Man kann allerdings auch das abschaffen: Wer eine „Privatisierung“ der Sorgerechtsfrage fordert, greift im Grunde zu kurz – die Diskussion sollte auf eine Privatisierung der Scheidung und ihrer Folgen insgesamt ausgedehnt werden. Dann ständen in sich stimmige Gesamtkonzepte der Scheidungsbewältigung gegeneinander, und vielleicht würden einige Grundfragen deutlicher⁵³⁾.

2. Zweitens wird behauptet, die meisten Eltern einigten sich ohnehin von allein, die „überwältigende Mehrheit (sei) auch nach Trennung oder Scheidung in ihrer Erziehungskompetenz nicht eingeschränkt“⁵⁴⁾. Dies sollte nicht unbesehen akzeptiert werden. Was die Kompetenz der Eltern zu kindgerechtem Verhalten in der Zerrüttungsphase betrifft, dominieren in der fachwissenschaftlichen Literatur eher gegenteilige Ansichten, und hinsichtlich der Einigungsquote besagen rechtssoziologische Untersuchungen, daß nur knapp 20 % der Eltern mit einem gemeinsamen Vorschlag in den Scheidungsprozeß hineingehen – der Prozentsatz von 80 % bis 90 % wird erst bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung erreicht⁵⁵⁾. Demnach wirken doch der Entscheidungsdruck sowie der Wunsch nach schneller Scheidung (vgl. § 630 ZPO) eher einigungsfördernd als -hindernd. Der Wert solcher, unter Systemdruck zustandegekommener Einigungen ist zwar bezweifelt worden⁵⁶⁾, nach dem bisherigen Recht oft durchaus begründet. Es könnte aber immerhin sein, daß künftig fachliche Unterstützung der Eltern gemäß § 17 KJHG zunehmend an die Stelle oft unsachgemäßer Beeinflussung der Parteien durch Anwälte oder Richter tritt. Jedenfalls aber bleibt das Faktum, daß autonome, verantwortliche Regelungen durch die Eltern offenbar gerade *nicht* der Normalfall bei Trennung oder Scheidung sind. Man sollte also ehrlicher Weise nicht davon ausgehen, daß im Antragssystem verantwortliche Elterneinigung der dominierende Regelungsmechanismus für die Betreuung und Erziehung der Kinder wäre, sondern eher ein Offenlassen und faktisches Sich-Einpendeln. Zugegeben allerdings: Vielleicht ist das für den Ordnungssinn störender als für das Wohlergehen der Kinder⁵⁷⁾. Mit dem neuen Betreuungsrecht haben wir bereits ein Gesetzesmodell, das – bezüglich der rechtsgeschäftlichen Handlungsfähigkeit Betreuer – bewußt rechtliche Unklarheit akzeptiert zugunsten seelischer Schonung der betroffenen Menschen⁵⁸⁾. Vielleicht sind wir Zeitzeugen eines – für deutsche Verhältnisse ungewöhnlichen – neuen „Mutes zur Unordnung“ und werden mehr Gespür entwickeln für Werte, die den Wert der „Ordnung“ im Menschenwohl aufzuwiegen geeignet sind.

II. Gleichbehandlung ehelicher und nichtehelicher Familien

Ein nahezu zwingender Motivationsschub für einen Übergang zum Antragssystem folgt aus der Überlegung, daß

mangels eines Scheidungsverfahrens bei sich trennenden Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft mit bislang gemeinsamem Sorgerecht eine zwingende Staatsintervention zur Regelung des Sorgerechts nur bei Anzeigepflicht der Partner oder staatlicher Überwachung der Lebensgemeinschaft möglich wäre. Andernfalls könnte die Officialintervention nur an das zufällige Bekanntwerden dauerhafter Trennung der Partner bei Gericht anknüpfen. Völlig außerhalb des bestehenden Systems läge die Situation, die sich ergäbe, wenn unverheiratete Eltern auf Grund ihres bloßen Antrags, ohne Rücksicht auf ihr Zusammenleben das gemeinsame Sorgerecht für ihre Kinder erhalten könnten⁵⁹⁾: Mangels Trennung der Eltern bliebe für eine neuerliche gerichtliche Sorgerechtsregelung kein anderer Anknüpfungspunkt als ein Änderungsantrag der Eltern oder bekanntwerdende Kindeswohlgefährdungen.

Ganz ohne Zweifel muß der sorgerechtliche Interventionsansatz bei Eltern mit bislang gemeinsamem Sorgerecht der gleiche sein, egal ob die sich auflösende Familie eine eheliche oder nichteheliche ist. Entweder sind die unverheirateten Eltern dem Regelungsmodell des § 1671 BGB zu unterwerfen, oder umgekehrt die Sorgerechtsintervention bei ehelichen Kindern dem bei nichtehelichen Kindern sachgerechten Ansatz anzupassen.

Der erste Weg ist, in Abweichung von einer früher von mir vertretenen Auffassung⁶⁰⁾, nicht gangbar. Die Anknüpfung einer Officialentscheidung gemäß § 1671 I BGB an das Faktum dauerhafter Trennung unverheirateter Partner würde entweder staatliche Überwachung voraussetzen – die niemand will – oder *der Sache nach* doch auf eine dem Antragssystem gemäß § 1672 BGB entsprechende Lösung hinauslaufen. Eine Pflicht zur Trennungsanzeige ist ebenfalls abzulehnen, sie würde ungebührlich in private Beziehungen der Eltern eingreifen.

Damit bleibt nur der zweite Weg, das einheitliche Antragssystem für eheliche und nichteheliche Familien. Es würde auch den Fall zufriedenstellend abdecken, daß unverheiratete, niemals miteinander zusammenlebende Eltern gemeinsam sorgeberechtigt sind und eine Änderung wünschen. Antragsberechtigt müßte auch das Kind sein ohne Rücksicht auf eine bestimmte Altersgrenze⁶¹⁾ – ein Kindesantrag auf Änderung der sorgerechtlichen Verhältnisse legitimiert allemal den Eintritt in eine entsprechende richterliche Prüfung. Offen bleibt, ob die Eingriffsgrenze für Sorgerechtsentscheidungen *ohne* Antrag mit der Gefährdungsgrenze des § 1666 BGB gleichgeschaltet bleiben soll, wie dies § 1672 BGB tut, oder ob im Kindesinteresse eine gewisse Vorverlagerung, etwa auf die Erforderlichkeit einer Regelung, ratsam ist⁶²⁾.

⁵²⁾ Eindrucksvoll Mähler/Mähler [Fn. 17], S. 148 ff., 152 f., 160.

⁵³⁾ Merkwürdig genug: Im liberalen Kalifornien gibt es die Privatscheidung (Postkarte mit gerichtlicher Registrierung), aber nur bei einverständlicher Scheidung kinderloser Ehepaare. Bei Vorhandensein gemeinsamer Kinder sieht man bleibende Interventionsnotwendigkeit. Bei uns ist die Diskussion umgekehrt aufgezündet: „Deregulierung“ bei den Kindern, bleibende Officialkontrolle bei den Ehepartnern.

⁵⁴⁾ Balloff, ZfJ 1991, 379, 380, 388; Schwenzer [Fn. 49] nennt eine private Einigungsquote von 90 %.

⁵⁵⁾ Caesar-Wolf/Eidmann/Willensbacher, ZfRsoz 4 (1983), 202, 233–235.

⁵⁶⁾ Jopt, ZfJ 1990, 285, 286.

⁵⁷⁾ Man kann allerdings nicht Skepsis gegen gemeinsames Sorgerecht geschiedener Eltern mit Befürwortung des Antragssystems kombinieren, vgl. oben bei Fn. 27.

⁵⁸⁾ Vgl. Coester, Jura 1991, 1 ff., 6.

⁵⁹⁾ Dafür: Schwenzer [Fn. 49], E. II. 2. a bb, m.w.N.; dies., FamRZ 1992, 121 ff., 125; dies., Vom Status zur Realbeziehung (1987), S. 270.

⁶⁰⁾ FuR 1991, 70, 74.

⁶¹⁾ Coester, FuR 1991, 70, 74; zust. Schwenzer [Fn. 49], a.a.O.

⁶²⁾ Immerhin bedarf es einer Abstimmung mit § 1696 BGB: In richterlich zuerkanntes gemeinsames Sorgerecht kann v.A.w. eingegriffen werden, wenn dies aus „triftigen Gründen“ des Kindeswohls erforderlich ist

III. Ergebnis

Im *Ergebnis* ist also der *Übergang zum alle Kinder betreffenden Antragssystem* unausweichlich für alle Fälle, in denen eine Änderung des bestehenden Sorgerechtsarrangements in Frage steht und solange der Kinderschutz kein amtliches Einschreiten erfordert. Dies folgt nicht aus zwingenden Gründen für scheidungsbedingte eheliche Kinder – hier ist die Argumentationslage ambivalent –, sondern aus der bevorstehenden Reform des Kindschaftsrechts und der notwendigen Gleichbehandlung aller Eltern mit gemeinsamem Sorgerecht für ihre Kinder. Klarzustellen bleibt, daß die Aufgabe des Offizialprinzips auf jeden Fall nur den justitiellen Entscheidungsansatz des § 1671 BGB betrifft, nicht den *sozialrechtlichen Hilfsansatz des KJHG*. Dieser wäre zwar anzupassen⁶³⁾, würde aber sachlich eher *noch größere Bedeutung* erlangen. Das Hauptproblem von morgen ist dabei das gleiche wie schon heute: Wie kann die Jugendhilfe die Krisenfamilie *rechtzeitig* erreichen, bevor die Fronten durch innerfamiliäre Konflikte oder durch Einschaltung einseitiger Interessenvertreter, etwa von Anwälten, hoffnungslos verhär-

tet sind⁶⁴⁾? Im Antragssystem wird sich diese Frage noch dringender stellen. Viel wird nicht nur vom qualitativen Ausbau der Trennungsberatung nach § 17 KJHG abhängen, sondern auch vom Aufbau eines positiven Bildes dieses Hilfsangebots im Bewußtsein der Öffentlichkeit und seiner verbreiteten, selbstverständlichen Akzeptanz durch Krisenfamilien. Denn eins sollte in der gegenwärtigen Diskussion bewußt bleiben: Der *entscheidende* Schritt zu einem kindgerechten und insgesamt humaneren Recht wird nicht im Übergang zum Antragssystem liegen, sondern in der effektiven und breitflächigen Verwirklichung des positiven Hilfsansatzes, wie ihn das KJHG vorschreibt.

(vgl. Staudinger/Coester [Fn. 10], § 1696 Rz. 31). Für schlicht fortbestehendes gemeinsames Sorgerecht müßte die gleiche Grenze gelten, oder § 1696 I BGB müßte geändert werden.

⁶³⁾ Insb. wäre die Gerichtsbezogenheit der Unterstützung nach § 17 II KJHG zu streichen.

⁶⁴⁾ Vgl. Mähler/Mähler [Fn. 17], S. 148 ff., 149–153, 154.